PRINCIPES

DE

DROIT CIVIL

PAR

F. LAURENT,

PROFESSEUR A L'UNIVERSITÉ DE GAND.

Ouvrage couronné au concours quinquennal des sciences morales et politiques.

TOME TREIZIÈME.

(3e ÉDITION.)

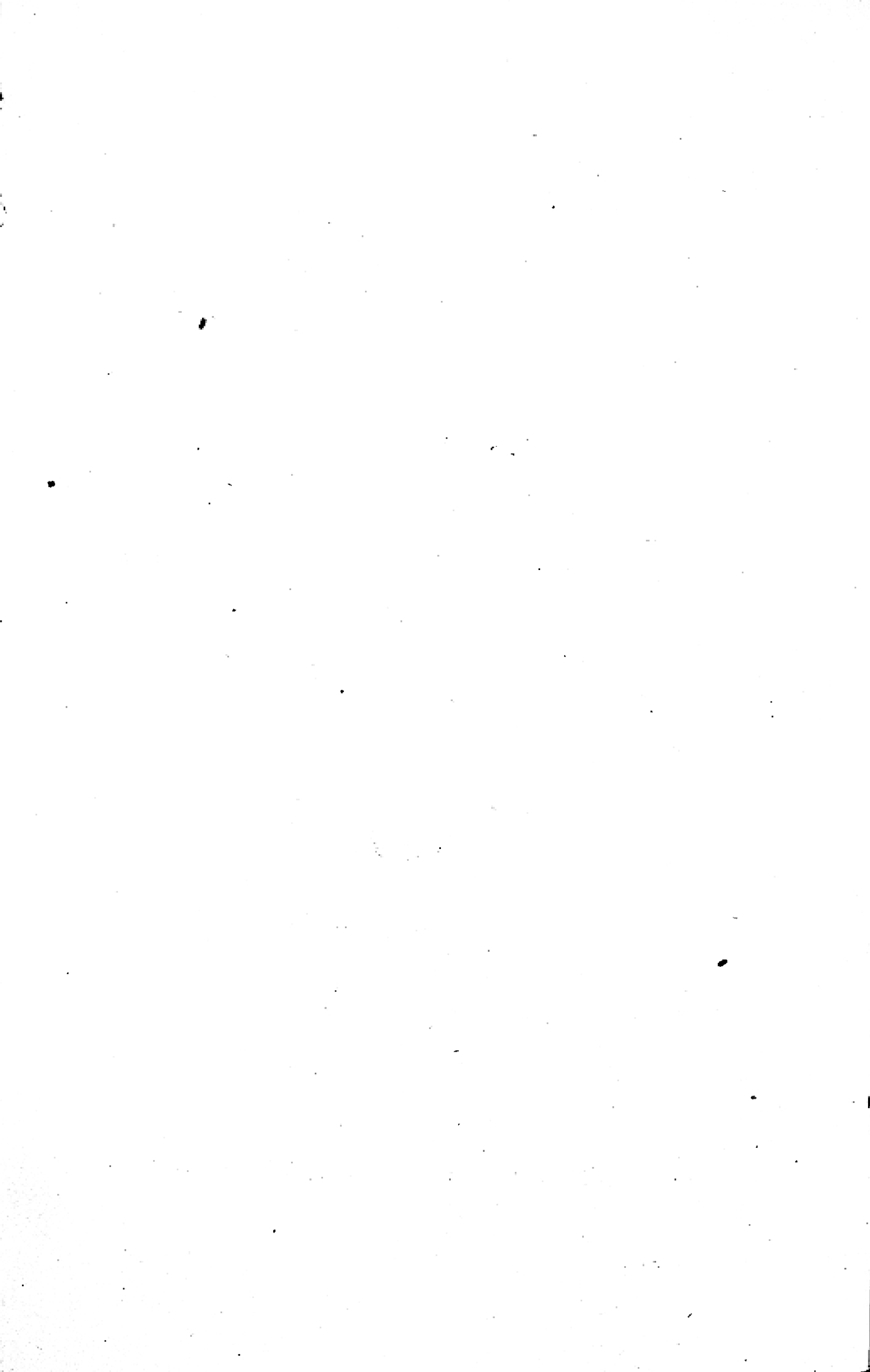


BRUXELLES.

BRUYLANT-CHRISTOPHE & Cie, LIBRAIRES-ÉDITEURS,

33, RUE BLAES.

1878



TITRE III.

DES DONATIONS ENTRE-VIFS ET DES TESTAMENTS.

(Suite.)

CHAPITRE V.

DES DONATIONS.

(Suite.)

§ II. *De la révocation pour cause d'ingratitude.*

Nº 1. DES FAITS QUI CONSTITUENT L'INGRATITUDE.

1. L'article 953 pose le principe que la donation peut être révoquée pour cause d'ingratitude; et l'article 955 détermine quels sont les faits qui constituent l'ingratitude: attentat à la vie du donateur, sévices, délits ou injures graves et refus d'aliments. Quel est le fondement de cette seconde cause de révocation? La révocation pour inexécution des charges est l'application de la condition résolutoire tacite; la révocation pour survenance d'enfant est aussi une résolution fondée sur l'intention présumée du donateur. En est-il de même de l'ingratitude? Domat l'enseigne : « Le premier engagement du donataire, dit-il, est de satisfaire aux charges et conditions de la donation; s'il y manque, la donation pourra être révoquée. Le second engagement du donataire est la reconnaissance du bienfait; s'il est ingrat envers le donateur, la donation pourra

être révoquée (1). » Tel n'est pas l'avis de Ricard ; il dit que la révocation est entièrement due à la loi, « n'étant pas à présumer que les parties, qui s'entretenaient par des bienfaits, prévissent en même temps l'accident d'une action si noire. » Pothier combat aussi la doctrine de Domat. « Il n'est pas nécessaire, dit-il, de supposer dans le contrat de donation une clause tacite pour la résolution de la donation. Ce cas ne peut pas être supposé, car lorsque quelqu'un donne à son ami, il ne peut pas même s'imaginer qu'il arrive jamais qu'il se porte envers lui aux excès qui donnent lieu à cette révocation. » Cela est évident (2).

Il n'y a donc ni engagement du donataire, ni condition résolutoire tacite. Le donataire est certes tenu à la reconnaissance, mais ce devoir moral ne transforme pas la donation en contrat synallagmatique ; et dès que le contrat n'est pas bilatéral, il ne peut être question d'une condition résolutoire tacite, cette condition n'étant sous-entendue que dans les contrats bilatéraux. Toutefois il y a quelque chose de vrai dans l'idée de Domat : le devoir moral de reconnaissance est considéré par la loi comme un engagement dont la violation entraîne la résolution de la donation. Pour mieux dire, c'est une peine que la loi inflige à l'ingrat. C'est en ce sens que Pothier explique la révocation de la libéralité. « Les injures commises par un donataire envers son bienfaiteur, outre le caractère de malice commun aux injures faites par d'autres personnes, ayant un caractère particulier de malice, qui est l'ingratitude, elles doivent être punies, outre la peine des injures ordinaires, d'une peine particulière; et il n'y en a pas de plus naturelle que de dépouiller le donataire des bienfaits qu'il a reçus de celui qu'il a offensé. »

Puisque la révocation est une peine, il faut appliquer le principe d'interprétation que l'on suit en matière de dispositions pénales ; elles sont de rigoureuse interprétation. Pour ce qui regarde les faits d'ingratitude, la loi

(1) Domat, *Des lois civiles*, p. 113 (tit. X, sect. III, art. I et II).
(2) Ricard, IIIe partie, nos 664, 665. Pothier, *Des donations*, no 180.

elle-même le dit. L'article 955 porte : « La donation entre-vifs ne pourra être révoquée pour cause d'ingratitude *que dans les cas suivants.* » Ces cas mêmes doivent être interprétés restrictivement ; ils constituent des délits civils ; il faut donc qu'ils aient le caractère à raison duquel la loi les punit comme tels ; dès que l'on est hors du texte, il n'y a plus d'ingratitude (1).

2. Il y a une grande analogie entre les faits qui entraînent la révocation des donations pour cause d'ingratitude et les faits qui constituent l'indignité de l'héritier. Cependant il suffit de comparer l'article 955 et l'article 727 pour se convaincre que la loi se montre plus sévère à l'égard du donataire qu'à l'égard de l'héritier. On demande quelle est la raison de cette différence? Les auteurs ne s'accordent pas sur ce point. Il nous semble que la raison la plus simple, la plus naturelle est celle qui doit surtout frapper le législateur ; plus un motif est subtil, moins il est probable que le législateur l'ait eu en vue. Or, il y a entre les donations et les successions une différence que l'on a vainement contestée. Le donataire tient tout du donateur ; le successible tient son droit de la loi, pour mieux dire, du sang qui coule dans ses veines ; on le considère, en théorie, comme copropriétaire des biens qu'il hérite. L'ingratitude du donataire est donc plus noire que celle de l'héritier ; voilà pourquoi le législateur le traite avec plus de sévérité (2). De là suit une autre règle d'interprétation ; c'est que l'on ne peut pas conclure des cas d'indignité aux cas d'ingratitude, bien entendu lorsque les dispositions diffèrent ; car là où elles concordent, il y a analogie, et par conséquent même motif de décider (3).

I. *Attentat à la vie.*

3. La donation peut être révoquée, aux termes de l'article 955, lorsque le donataire a attenté à la vie du donateur. D'après l'article 727, sont indignes de succéder :

(1) Coin-Delisle, p. 280, n° 2 de l'article 955.
(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 105, note 2, § 708. Coin-Delisle, p. 280, n° 4 de l'article 955. Demolombe, t. XX, p. 584, 618, 619.
(3) Coin-Delisle, p. 281, n° 5 de l'article 955.

1° celui qui est *condamné* pour avoir donné ou tenté de donner la mort au défunt. L'article 955 n'exige pas de condamnation, pas même de poursuite. On en a conclu que le donataire est ingrat, bien que le fait d'attenter à la vie du donateur ne constitue pas un crime (1). Il nous semble que c'est aller trop loin; le sens naturel des mots implique certainement un attentat criminel, une tentative de meurtre; ils sont synonymes des mots *pour avoir tenté de donner la mort au défunt*. C'est l'opinion générale. On peut donc appliquer à cette première cause d'ingratitude ce que nous avons dit, au titre des *Successions*, du n° 1 de l'article 727, en tenant compte de la différence que nous venons de signaler. Nous croyons inutile d'entrer dans les détails (2); l'ingratitude, poussée au point d'attenter à la vie du donateur, est un fait si rare, que l'on n'en voit aucune trace dans les recueils d'arrêts; à quoi bon discuter des questions que l'on ne connaît qu'à l'école?

II. *Sévices, délits ou injures graves.*

4. La donation peut être révoquée « si le donataire s'est rendu coupable envers le donateur de sévices, délits ou injures graves » (art. 955, 2°). Nous avons déjà rencontré le mot *sévices* dans une matière analogue : aux termes de l'article 231, « les époux pourront réciproquement demander le divorce pour *excès, sévices* ou *injures graves* de l'un d'eux envers l'autre. » Dans l'une et l'autre disposition, le mot *sévices* veut dire mauvais traitements, donc un délit contre la personne. Faut-il que les sévices soient *graves?* A notre avis, le mot *graves* ne se rapporte qu'aux *injures*. Cela ne veut pas dire que les tribunaux doivent prononcer la révocation pour toute espèce d'injures contre la personne du donateur. Le mot *sévices* implique une certaine gravité, de sorte qu'il y aurait un pléonasme à dire les *sévices graves*. Il a été jugé qu'une

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 105, note 3, § 708. En sens contraire, Duranton, t. VIII, p. 636, n° 556; Coin-Delisle, p. 281, n° 6 de l'article 955.
(2) Voyez les auteurs cités par Dalloz, n° 1837, et Demolombe, t. XX, p. 587, n°s 621 et suivants.

condamnation à vingt-cinq francs d'amende pour coups suffisait pour entraîner la révocation de la donation; cette décision paraît, au premier abord, en opposition avec la définition que nous venons de donner; mais l'arrêt ajoute que le délit présentait un caractère de gravité et de malveillance qui justifiait l'action en révocation pour cause d'ingratitude (1). Quand il s'agit de la révocation d'une donation fondée sur l'ingratitude, il faut moins s'attacher au caractère pénal qu'à l'élément moral du fait dont le donataire se rend coupable; dès que ce fait constitue l'ingratitude, il y a lieu à révocation. Cela explique la décision de la cour de Liége; un délit pour lequel le coupable n'est condamné qu'à une amende de vingt-cinq francs n'est pas grave, au point de vue criminel, mais il peut l'être au point de vue moral; or, l'ingratitude est un délit moral, et c'est pour ingratitude que la donation est révoquée, le délit ne fait que la manifester.

5. Par le mot *délit* on entend tout fait criminel prévu par la loi pénale, crime, délit ou contravention, soit contre la personne, soit contre les biens. L'expression est générale; elle donne au juge le droit de prononcer la révocation dès qu'il y a un fait punissable; la loi n'exige pas qu'il y ait condamnation. En faut-il conclure que le juge doit révoquer la libéralité dès qu'il y a une contravention quelconque à une loi pénale? Les auteurs enseignent tous que le mot *graves*, dans l'article 955, s'applique aux *délits*. Cela nous paraît douteux. Le projet de code soumis aux délibérations du conseil d'Etat portait : « s'il s'est rendu coupable envers lui de sévices ou *délits*. » Les mots *injures graves* y furent ajoutés. De là suit que le mot *graves* ne s'applique qu'aux injures, dans l'article 955 comme dans l'article 231. Du reste la question n'a pas d'importance pratique; le juge a nécessairement un pouvoir d'appréciation en cette matière. C'est pour cause d'ingratitude que la donation est révoquée; il faut donc que le délit prouve que le donataire est ingrat, et par suite il doit

(1) Liége, 10 mai 1862 (*Pasicrisie*, 1862, 2, 405). Comparez Coin-Delisle, p. 281, n° 8 de l'article 955, et ce que nous avons dit sur l'article 231 (t. III, p. 225, n° 187).

avoir un caractère particulier de gravité morale que le juge seul peut apprécier (1). Il a été jugé que le vol commis par le donataire au préjudice du donateur constitue le délit d'ingratitude pour lequel la donation peut être révoquée. On objectait, dans l'espèce, que l'article 955 ne prononce la révocation des donations que pour délits commis sur la personne du donateur, et non pour un délit qui ne lui cause qu'un préjudice dans ses biens. Le texte, conçu en termes généraux, n'admet pas cette interprétation restrictive; la cour de cassation l'a rejetée (2).

Faut-il que le préjudice causé par le délit soit considérable? La cour de Paris a jugé, en principe, qu'il n'y a lieu à révocation que lorsque le dommage compromet les moyens d'existence du donateur (3). Il nous semble que la cour a dépassé la loi en portant une décision de principe; la question est de fait plutôt que de droit; et la réponse dépend, non du montant du préjudice, mais du caractère moral du délit. Nous ne voudrions pas dire non plus, avec quelques auteurs, que des soustractions de peu d'importance prouvent moins l'ingratitude que l'improbité (4). Il a été jugé qu'il y a lieu de révoquer la donation dans le cas où un domestique, après avoir capté la confiance de son maître, en a abusé. Peu importe, dans ce cas, la gravité du préjudice. L'abus de confiance, plus encore que le vol, témoigne des mauvais sentiments du donataire (5).

6. Nous disons que l'élément moral du fait est décisif. Bien entendu que le fait doit être un délit criminel, sinon on ne se trouve plus dans le texte; or, le texte est restrictif (n° 1). Les tribunaux ont parfois dépassé les limites de la loi. Il a été jugé que le refus du donataire de renoncer, au profit du donateur, à l'objet donné peut, d'après les circonstances, être considéré comme constituant l'in-

(1) Comparez Coin-Delisle, p. 281, n° 9 de l'article 955; Demolombe, t. XX, p. 594, n° 632.

(2) Rejet de la chambre civile, 24 décembre 1827 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 4300). Comparez Coin-Delisle, n° 9 de l'article 955, et Demolombe, t. XX, p. 593, n° 631.

(3) Paris, 17 janvier 1833 (Dalloz, n° 1840).

(4) Duranton, t. VIII, p. 636, n° 557. Coin-Delisle, p. 282, n° 9.

(5) Voyez les arrêts cités dans Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 1839.

gratitude et faire révoquer la donation. Un receveur fait donation d'une maison à un mineur. Puis il se trouve un déficit dans sa caisse. Il n'avait qu'un moyen de désintéresser le trésor, c'était d'obtenir la renonciation à la donation; elle fut consentie par le tuteur, sur une délibération du conseil de famille homologuée par le tribunal. Les héritiers présomptifs du mineur absent demandèrent la nullité de la renonciation. La cour de Paris jugea que le tuteur n'avait fait que ce que le donataire, s'il avait été majeur, n'aurait pu se dispenser de faire sans se rendre coupable d'ingratitude envers le donateur, qui, sans cette renonciation, aurait été exposé à des poursuites extraordinaires. Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet (1). La décision a été rendue d'après l'ordonnance de 1731, la donation étant antérieure au code civil. Sous l'empire de notre code, il est certain que le juge ne pourrait considérer ce fait comme une cause légale d'ingratitude, puisqu'il ne rentre dans aucun des cas prévus par l'article 955.

Dans une autre espèce, il intervint une décision au moins douteuse. Un époux, donataire de son conjoint, fabrique un faux testament du vivant de la donatrice et postérieurement à la donation; le testament faisait passer les biens de la femme dans la famille du mari, au préjudice des héritiers naturels de la donatrice. La cour de Poitiers considéra ce fait comme un délit commis contre le donateur. Elle commence par poser en principe que les divers ordres de succession sont basés sur l'intention présumée du défunt; de là elle conclut que c'est en exécution de la volonté de la donatrice que ses héritiers légitimes étaient appelés à recueillir ses biens. Or, le faux testament portait à cette volonté l'atteinte la plus directe et la plus grave, puisqu'il avait pour but et devait avoir pour effet de l'annihiler, en dépouillant, au profit d'une étrangère, les parents auxquels la défunte avait entendu que sa succession fût acquise, et il rétroagissait ainsi contre celle-ci. Donc le crime de faux avait été commis contre la femme et tombait sous l'application de l'article 955. Il y

(1) Rejet, 12 mai 1830 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 1842, 1°).

a un arrêt en sens contraire de la cour de Bordeaux (1). Nous préférons cette dernière décision. C'est seulement en se fondant sur les motifs de la loi, motifs parfois très-contestables, que l'on peut dire que le droit des héritiers résulte de la volonté du défunt; il a sa vraie source dans les liens du sang et dans la volonté du législateur. On ne peut pas dire que le faux testament porte une atteinte aux droits du défunt ; c'est un délit contre la loi et contre les héritiers, auxquels il enlève le bénéfice de la loi, et ce délit ne rentre pas dans les termes de l'article 955.

7. La donation peut encore être révoquée si le donataire s'est rendu coupable d'injures graves envers le donateur. Que faut-il entendre par *injures graves?* Le mot se trouve dans l'article 231, la matière est analogue; on peut donc appliquer par analogie ce que nous avons dit au titre du *Divorce* (2). Dans l'ancien droit, on disait injure *atroce ;* Pothier exige pour qu'une injure soit atroce qu'elle tende à détruire la *réputation* du donateur dans les parties les plus essentielles, telles que la probité, les mœurs (3). Cela implique que l'injure a reçu une certaine publicité, sinon elle ne pourrait porter atteinte à la réputation du donateur. Est-ce que le grand jurisconsulte n'oublie pas qu'il s'agit d'injures qui constituent l'ingratitude? et qu'est-ce que la publicité a de commun avec l'ingratitude? Il y a un arrêt dans le sens de l'opinion que nous combattons. Un père écrit à son fils pour lui redemander des livres. Celui-ci répond au dos : « Voler à un voleur n'est point voler... Il est indécent de votre part que vous me demandiez des livres que vous m'avez pris; et même encore vous m'avez pris ceux qui ne vous appartenaient pas, même ceux que vous avez volés, comme la *Vie des Saints*, que vous avez prise chez moi et que vous réclamez d'autre part. » Le père outragé demande la révocation d'une donation qu'il avait faite à son fils longtemps avant

(1) Poitiers, 28 novembre 1864 (Dalloz, 1865, 2, 160). Bordeaux, 25 juin 1846 (Dalloz, 1849, 2, 80).

(2) Voyez le tome III de mes *Principes*, p. 227, nos 190 et suivants.

(3) Pothier, *Des donations entre-vifs*, no 181, suivi par Toullier, t. III, 1, p. 185, no 332. Comparez Coin-Delisle, p. 282, nos 11 et 12 de l'article 955.

ce billet. La cour de Toulouse, tout en réprouvant les expressions injurieuses dont le fils s'était servi en répondant à son père, n'y vit pas la gravité voulue par la loi; elle insiste sur le caractère confidentiel de l'écrit qui n'était destiné à aucune publicité; elle ajoute que celui qui l'avait écrit était un homme sans éducation (1). Nous critiquons les motifs plutôt que la décision; une injure peut être sanglante, quoiqu'elle n'ait pas été rendue publique, et surtout il peut y avoir ingratitude sans publicité aucune.

8. Il a été jugé que le refus de la femme d'habiter avec son mari, malgré le jugement qui l'a condamnée à réintégrer le domicile conjugal, constitue une injure grave. La cour de Limoges dit que le refus de la femme était aggravé par la publicité qu'il avait reçue. En ce sens, la publicité joue un rôle dans l'injure, mais elle reste toujours étrangère à l'ingratitude, qui est un délit essentiellement moral. Dans l'espèce, la femme donataire avait poussé l'ingratitude à ce point qu'elle n'était pas même allée voir son mari pendant sa dernière maladie; cela était décisif. La cour de cassation confirma la décision (2).

Une fille, donataire de ses parents, se marie contre leur gré; elle se retire dans le domicile de l'homme qui l'a séduite, et de là elle notifie à ses père et mère les actes respectueux exigés par la loi. La cour de Bordeaux vit dans ce fait une injure grave qui justifiait la demande en révocation de la donation. Nous applaudissons à la décision au point de vue moral; il y avait inconduite et ingratitude. Mais l'ingratitude était-elle légale? Cela est douteux. Il faut bien remarquer que la cour ne considère pas le mariage contracté contre la volonté des parents comme un fait d'ingratitude; en effet, la fille usait de son droit, et celui qui exerce un droit ne peut être puni pour l'avoir exercé; ce qui, aux yeux de la cour, constituait l'injure, c'est que le refus était accompagné, sans nécessité, de procédés irrespectueux et cruels pour les parents. Il fallait dire plutôt

(1) Toulouse, 29 avril 1825 (Dalloz, au mot *Dispositions*, nº 1843).
(2) Rejet, 22 décembre 1869 (Dalloz, 1870, 1, 292).

que les procédés étaient indécents; mais l'indécence n'est pas une injure contre le donateur. La décision de la cour de Bordeaux est une de celles que l'on approuve en fait, mais qu'il est difficile de justifier en droit (1).

9. Aux termes de l'article 1047, l'injure grave faite à la mémoire du testateur est une cause de révocation des legs. On demande si l'injure à la mémoire du donateur serait aussi une cause de révocation de la donation? La question est controversée et elle est douteuse. Si l'on s'en tient aux articles 1046 et 1047, il est certain que l'injure à la mémoire du donateur est comprise parmi les injures graves qui justifient la révocation des libéralités entre-vifs, car l'article 1047 n'établit pas une cause spéciale de révocation pour les legs; il est une suite de l'article 1046, et celui-ci ne fait qu'appliquer aux legs ce que l'article 955 dit des donations. Cela paraît décisif. Mais ne peut-on pas dire que l'injure change de nature selon qu'il s'agit d'un legs ou d'une donation? S'agit-il d'une donation entre-vifs, l'injure s'adresse au donateur; s'agit-il d'un legs, l'injure contre le testateur ne se conçoit pas, puisque le testateur est inconnu; l'injure ne peut donc être qu'une injure contre la mémoire du testateur. De sorte que l'article 1047 serait spécial aux legs et ne recevrait pas d'application aux donations entre-vifs. Ce qui confirme cette interprétation, c'est que, d'après l'article 957, la demande en révocation ne peut jamais être intentée par les héritiers, à moins que le donateur ne soit décédé dans l'année du délit; cela implique que le délit a été commis du vivant du donateur et contre lui (2).

III. *Refus d'aliments.*

10. La donation peut être révoquée pour cause d'ingratitude si le donataire refuse des aliments au donateur. On entend par *aliments* l'entretien et la nourriture qui sont dus à une personne par ses parents et alliés. Le do-

(1) Bordeaux, 15 février 1849 (Dalloz, 1850. 2. 6).
(2) Demolombe, t. XX, p. 601, nº 639. En sens contraire, Demante, t. IV, p. 230, nº 98 *bis* V.

nataire n'est pas, comme tel, obligé de fournir les aliments au donateur, mais si le donateur est dans le besoin, il peut demander des aliments au donataire, en ce sens que celui-ci doit les lui fournir par devoir de reconnaissance. S'il les refuse, il se rend coupable d'ingratitude, et le donateur peut, de ce chef, demander la révocation de la donation. Reste à savoir quelles sont les conditions requises pour que le refus d'aliments constitue l'ingratitude?

L'obligation alimentaire suppose que celui qui les réclame est dans le besoin; l'article 208 dit qu'ils ne sont accordés que dans la proportion du besoin de celui qui y a droit. Ce principe s'applique aussi au donateur; tant qu'il peut lui-même pourvoir à ses nécessités, il ne peut certes pas demander que le donataire y subvienne; si donc il les réclamait sans nécessité, le refus du donataire ne serait pas un fait d'ingratitude. L'article 208 ajoute que les aliments doivent aussi être proportionnés à la *fortune* de celui qui les doit. Ce principe ne s'applique au donataire qu'avec une restriction. S'il n'est pas en état de fournir les aliments, il va de soi que son refus ne le rend pas coupable d'ingratitude. Mais peut-on dire de lui qu'il doit les aliments à raison de sa fortune? Non, car sa fortune n'a rien de commun avec sa qualité de donataire. C'est seulement parce qu'il est donataire qu'il doit les aliments sous peine d'ingratitude. De là suit qu'il ne doit les aliments que dans la limite des biens qu'il a reçus du donateur. Les doit-il jusqu'à épuisement de ces biens? Il y a des auteurs qui disent qu'il n'est tenu que jusqu'à concurrence du montant des revenus. Cette limite doit être rejetée, parce qu'elle est purement arbitraire, et ce qui est arbitraire ne peut émaner que de la volonté du législateur. Dans l'ancien droit, on décidait que le donataire était tenu jusqu'à concurrence des biens donnés. Cela est juridique. Le donataire doit se dire que le donateur ne lui aurait pas donné les biens s'il avait prévu que lui-même tomberait dans la misère; la reconnaissance exige donc qu'il les lui rende sous forme d'aliments. Le devoir moral va même plus loin, et la reconnaissance l'obligerait à un acte de bienfaisance envers le donateur; mais la loi, et surtout

l'interprète, dans le silence de la loi, ne peut pas dépasser les limites de la libéralité (1).

11. L'application du principe donne lieu à une difficulté. On suppose que le donateur est dans le besoin, mais il a des parents qui, d'après la loi, sont tenus de le nourrir et de l'entretenir, et ces parents sont en état de fournir les aliments; pourra-t-il, en ce cas, s'adresser au donataire? et si celui-ci refuse sera-t-il coupable d'ingratitude? La négative est généralement enseignée. Il ne faut pas perdre de vue que le donataire ne se trouve pas parmi les personnes qui sont obligées de fournir les aliments; si donc il y a des parents ou des alliés, le donateur doit d'abord les demander aux débiteurs; celui qui a une action pour obtenir ce qu'il veut avoir et ce qui lui est nécessaire, ne peut pas dire qu'il soit dans le besoin. Dès lors le refus du donataire est légitime, ce qui décide la question d'ingratitude. Vainement les parents du donateur diraient-ils qu'il est juste que les biens donnés servent avant tout à procurer des aliments au donateur, puisqu'il n'aurait certes pas fait la libéralité s'il avait prévu qu'il tomberait dans l'indigence. Cela suppose que la donation est résolue, lorsque, de riche qu'il était, le donateur devient pauvre; or, tel n'est pas le système du code civil, car l'ingratitude n'est pas une condition résolutoire tacite (n° 1). La seule question à examiner dans chaque espèce est de savoir si le donataire s'est rendu coupable d'ingratitude; or, le donataire n'est ingrat, quand il refuse les aliments au donateur, que si celui-ci en a besoin, et il n'est pas dans le besoin, puisqu'il a une voie légale pour subvenir à ses nécessités. On objecte que le devoir de reconnaissance oblige le donataire à venir au secours du donateur dès que celui-ci est tombé dans un tel dénûment qu'il ne peut plus se procurer les premières nécessités sans qu'il y ait à considérer s'il a ou non des parents riches. Duranton a raison au point de vue de la délicatesse; au point de vue légal, il a tort, croyons-nous. Il ne suffit pas

(1) Demante, t. IV, p. 231, n° 98 *bis* VII. En sens contraire, Coin-Delisle, p. 283, n°s 15 et 16 de l'article 955; Valette (Mourlon, t. II, p. 217). Sur l'ancien droit, comparez Ricard, IIIe partie, n° 702 (t. I, p. 609).

qu'il y ait ingratitude pour que le donataire soit légalement ingrat; il ne l'est que s'il se trouve dans un des cas d'ingratitude prévus par la loi; et nous croyons avoir démontré qu'il n'y a pas d'ingratitude légale à refuser des aliments à celui qui peut s'en procurer par une voie légale(1).

12. Les principes seraient tout différents si le donateur avait stipulé les aliments comme condition ou charge de la libéralité. Cela se rencontre assez fréquemment quand une personne se démet de tous ses biens à charge d'être entretenue et soignée par le donataire. La donation est régie, dans ce cas, par le principe de la charge, et non par le principe de l'ingratitude. Il en résulte que le donataire ne peut pas renvoyer le donateur aux parents et alliés qui sont tenus de lui fournir les aliments ; il a une obligation plus étroite que la famille, puisqu'il ne possède les biens que sous la condition de nourrir et d'entretenir le donateur. Il ne pourrait pas davantage opposer qu'il reste des ressources au donateur et que par son travail il peut subvenir à ses nécessités; le donataire est tenu en vertu d'un lien d'obligation, et il peut être forcé à remplir ses engagements. S'il refuse les aliments, le donateur peut demander la résolution de la donation. Les effets seront tout différents de ceux que produit la révocation de la donation pour cause d'ingratitude; dans ce dernier cas, la libéralité n'est pas résolue rétroactivement, elle n'est révoquée qu'à partir de la demande, et le donataire ne doit restituer les fruits qu'à partir de ce moment; tandis que la résolution pour cause d'inexécution des charges anéantit la libéralité, comme si elle n'avait jamais existé (2).

13. On suppose que le donateur est dans le besoin; cela suffit-il pour que le donataire soit ingrat s'il ne lui fournit pas les aliments? Non, la loi exige qu'il y ait refus d'aliments; or, le refus implique une demande, et il n'y a de demande légale que par une sommation. La somma-

(1) Coin-Delisle, p. 283, nº 14. Aubry et Rau, t. VI, p. 106, note 8. En sens contraire, Duranton, t. VIII, p. 638, nº 558.

(2) Coin-Delisle, p. 283, nº 18 de l'article 955. Demolombe, t. XX, p. 606, nº 644. Voyez le tome XII de mes *Principes*, p. 593, nº 511.

tion seule ne suffira pas toujours pour que la donation soit révoquée, il faut de plus que le refus soit injuste. Or, il ne serait pas injuste si la réclamation du donateur était exagérée (1). L'obligation de fournir les aliments a un caractère variable, et, dans notre espèce, elle est limitée par la valeur des biens donnés. C'est dire que le tribunal appréciera si le refus est ou non excusable. Il appartient aussi au juge de déterminer le mode de prestation des aliments. Quand c'est un parent ou un allié qui doit les aliments, la règle est qu'ils doivent être fournis moyennant une pension alimentaire (art. 210) ; ce n'est que par exception que les aliments sont prestés en nature. On peut, par analogie, appliquer ce principe au donataire; mais comme il n'y a point de texte, le tribunal jouira d'une grande latitude; il décidera d'après les circonstances.

N° 2. QUELLES DONATIONS SONT SUJETTES A RÉVOCATION POUR CAUSE D'INGRATITUDE.

I. *La règle.*

14. Toute donation peut être révoquée pour cause d'ingratitude. La loi fait exception pour les donations en faveur de mariage (art. 759); l'exception confirme la règle. L'article 960, qui prévoit le cas de révocation pour survenance d'enfants, développe la règle en disant : « Toutes donations entre-vifs, de quelque valeur qu'elles puissent être et à quelque titre qu'elles aient été faites, et encore qu'elles fussent mutuelles ou rémunératoires, même celles qui auraient été faites en faveur de mariage, demeureront révoquées par la survenance d'un enfant légitime. » Cette énumération était inutile; de ce que la loi ne la fait pas en cas d'ingratitude, on ne doit pas conclure que la même règle ne s'applique pas à cette cause de révocation. Il suffit que la loi dise que la donation entre-vifs peut être révoquée pour cause d'ingratitude; dès lors tout acte qui est une donation entre-vifs est révocable pour cette cause, sauf l'exception que l'article 959 fait pour les donations

(1) Duranton, t. VIII, p. 638, n° 553.

en faveur de mariage. Cela est aussi conforme à la raison : la révocation se fonde sur un délit moral ; or, il n'est permis à personne d'être ingrat (1).

15. Il a été jugé que les donations rémunératoires sont sujettes à révocation pour cause d'ingratitude. La cour de cassation invoque le principe que nous venons de poser ; l'article 953, conçu en termes généraux, n'admet aucune distinction, aucune exception. Il n'appartient qu'au législateur de créer des exceptions, et il s'est bien gardé d'en établir une en faveur du donataire qui a rendu des services au donateur, cela ne l'autorise pas à être ingrat, d'autant moins que le donateur lui a donné l'exemple de la gratitude (2). Toutefois il y a une restriction qui résulte de la nature de cette donation ; si les services à raison desquels la libéralité a été faite sont appréciables à prix d'argent, c'est-à-dire s'ils donnent une action à celui qui les a rendus, la donation sera, à la vérité, révoquée en cas d'ingratitude du donataire, mais celui-ci aura une action contre le donateur pour se faire payer de ce qui lui est dû (3). Si le prix des services égalait le montant de la donation, il n'y aurait plus de libéralité, ce serait une dation en payement, et par suite il n'y aurait pas lieu à révocation pour cause d'ingratitude.

16. Les donations mutuelles peuvent-elles être révoquées pour ingratitude? L'affirmative n'est pas douteuse, mais il y a controverse sur le point de savoir quel sera l'effet de la révocation de l'une des donations ; on demande si elle entraînera la révocation de l'autre. Nous avons examiné la question en ce qui concerne la révocation pour inexécution des charges (4). Il y a moins de doute pour l'ingratitude, puisque nous avons un texte. Aux termes de l'article 300, « l'époux qui aura obtenu le divorce conservera les avantages à lui faits par l'autre époux, encore qu'ils aient été stipulés réciproques et que la réciprocité n'ait pas lieu. » Cette disposition doit être appliquée par

(1) Demolombe, t. XX, p. 611, nos 654-658.
(2) Rejet, 17 août 1831 (Dalloz, au mot *Dispositions*, no 1823).
(3) Paris, 29 mars 1806, et Rennes, 11 mai 1830 (Dalloz, nos 1839 et 1823).
(4) Voyez le tome XII de mes *Principes*, p. 596, no 513.

analogie à toutes les donations mutuelles; car ce n'est pas une exception exorbitante du droit commun; la décision de la loi résulte de la nature même de l'ingratitude : c'est une peine; de ce que l'un des donataires mérite une peine, conclura-t-on que l'autre doit aussi être puni? Vainement dit-on que l'une des donations est la condition de l'autre; nous nions le principe, parce qu'il dénature la donation en la transformant en spéculation. Quand même on admettrait ce prétendu principe, ce ne serait toujours qu'une condition fondée sur l'intention des parties contractantes. Or, peut-on admettre que les parties aient prévu l'ingratitude de l'une d'elles et qu'elles aient voulu que dans ce cas l'autre perdît le bénéfice de la libéralité? Cela n'a pas de sens (1).

17. Les donations onéreuses sont révocables pour cause d'ingratitude par application du principe général (n° 14), sauf au donateur qui a reçu la prestation à en tenir compte au donataire, si la révocation est prononcée. Si la charge équivalait à la libéralité, ce serait un contrat onéreux, et par conséquent l'article 955 ne serait plus applicable. La cour de cassation l'a jugé ainsi, en cas de survenance d'enfant, malgré la généralité des termes de l'article 960 (2); à plus forte raison en est-il ainsi en cas d'ingratitude.

18. Il a été jugé, à plusieurs reprises (3), que les donations déguisées sous la forme d'un contrat onéreux sont révocables pour cause d'ingratitude; cela n'est pas douteux; l'exception consacrée par la jurisprudence ne concerne que la forme, elle est étrangère aux conditions et aux règles qui régissent le fond, comme nous l'avons dit plus haut (4).

II. *L'exception.*

19. « Les donations en faveur de mariage ne seront pas révocables pour cause d'ingratitude » (art. 959). Cette

(1) Dalloz, n°s 1825 et 1826, et les auteurs qu'il cite. En sens contraire, Coin-Delisle, p. 272, n° 13 de l'article 955.
(2) Rejet, 24 mai 1836 (Dalloz, n° 1867).
(3) Voyez les arrêts cités par Dalloz, n° 1828.
(4) Voyez le tome XII de mes *Principes*, p. 400, n° 319.

disposition s'applique sans difficulté aux donations que des tiers font aux futurs époux en faveur du mariage. Pourquoi ces donations ne sont-elles pas sujettes à révocation, alors que le donataire se rend coupable de l'un des faits qui constituent l'ingratitude? C'est que la donation en faveur du mariage a un caractère particulier; elle n'est pas faite uniquement au profit du donateur, elle s'adresse aussi à son conjoint et aux enfants qui naîtront du mariage. C'est donc un pacte de famille plutôt qu'une libéralité. Or, il serait injuste que toute la famille fût punie pour la faute du donataire; l'intérêt du mariage, qui est un intérêt social, l'emporte, dans ce cas, sur la faute du donataire et sur la punition qu'il mérite; ne pouvant punir le coupable sans que la peine rejaillisse sur les innocents, le législateur a préféré ne pas punir le coupable. C'est en ce sens que la loi a été expliquée par les orateurs du Tribunat et du gouvernement. Nous allons transcrire leurs paroles; il importe de les recueillir, parce qu'elles sont décisives pour la question si controversée que nous allons bientôt examiner. Jaubert, dans son rapport au Tribunat, formule nettement la raison de la loi : « Le délit du donataire ne doit pas autoriser l'annulation d'un acte sous la foi duquel une nouvelle famille s'était formée. L'intérêt de la société réclamait cette exception. » Bigot-Préameneu n'est pas moins clair : « Les donations en faveur de mariage sont exceptées, parce qu'elles ont aussi pour objet les enfants à naître qui ne doivent pas être victimes de l'ingratitude du donataire. » Enfin l'orateur du Tribunat s'exprime dans le même sens : « Les donations en faveur de mariage sont exceptées de la révocation pour cause d'ingratitude; elles sont moins une libéralité en faveur du donataire, qu'un traité entre deux familles, en considération d'une union qui doit donner le jour à des enfants appelés à la recueillir (1). »

20. Quand la donation est-elle faite en faveur du mariage? Lorsqu'elle est faite dans le contrat de mariage des futurs époux, il n'y a pas de doute, la donation est

(1) Locré, t. V, p. 355, n° 54 ; p. 328, n° 50 et p. 369, n° 8.

faite, dans ce cas, sous la condition que le mariage soit contracté, de même que le contrat de mariage qui la renferme. Le caractère distinctif d'une donation faite en faveur du mariage est donc qu'elle soit conditionnelle; c'est ce que dit l'article 1089. « Toute donation faite en faveur du mariage sera caduque si le mariage ne s'ensuit pas. » La donation ne doit pas être faite par le contrat de mariage; elle peut se faire par un acte ordinaire, mais alors il faut qu'il soit dit qu'elle est faite en faveur du mariage du donataire. Cela même ne suffit pas, il faut de plus que l'union en faveur de laquelle se fait la donation soit arrêtée et déterminée, sinon la donation ne serait pas conditionnelle, et n'étant pas conditionnelle, elle ne serait pas une donation en faveur du mariage. La cour de Bordeaux l'a jugé ainsi; l'espèce dans laquelle la décision est intervenue est la justification du principe. Les père et mère et l'aïeule de la future lui avaient fait une libéralité longtemps avant son mariage; la libéralité était faite aux trois filles des donateurs et exigible après le mariage de chacune d'elles. Bien qu'ayant pour objet de favoriser le mariage des donataires, elle n'était pas faite en faveur et comme condition d'un mariage déterminé et convenu; on ne pouvait donc pas dire que ce fût un pacte de famille, la libéralité était faite uniquement en faveur des donataires, ce qui rendait l'article 959 inapplicable. De fait l'une des filles se maria contre le gré de ses parents et en quittant la maison paternelle pour se retirer chez son séducteur (1). Certes les parents n'avaient pas entendu faire une libéralité à leur fille en faveur d'un pareil mariage!

21. L'article 959 s'applique-t-il aux donations que les futurs époux se font entre eux par contrat de mariage? Cette question est très-controversée; elle se complique, en France, d'une autre difficulté. D'après l'article 299, l'époux contre lequel le divorce est admis perd tous les avantages que l'autre époux lui avait faits, soit par leur contrat de mariage, soit depuis le mariage contracté. Le

(1) Bordeaux, 15 février 1849 (Dalloz, 1850, 2, 6). Demolombe, t. XX, p. 611, n° 653.

divorce est aboli en France; de là le grand intérêt qu'a la question de savoir si la disposition pénale de l'article 299 s'applique à la séparation de corps. Après avoir longtemps jugé la négative, la cour de cassation est revenue sur sa jurisprudence et a décidé, chambres réunies, que les donations entre époux sont révoquées par la séparation de corps; le même arrêt décide que les donations entre époux sont révocables pour cause d'ingratitude. On voit que cette dernière question est en quelque sorte subordonnée à la première par la jurisprudence française. Il faut se défier de cette jurisprudence; le divorce étant aboli, les tribunaux cherchent à le remplacer par la séparation de corps, en ce sens qu'ils attribuent à la séparation tous les effets du divorce qui sont compatibles avec le maintien du mariage. Nous avons combattu cette tendance, que nous croyons contraire au texte et à l'esprit du code (1). A notre avis, l'article 299 n'est pas applicable à la séparation de corps. Naît alors la question de savoir si les donations faites entre époux peuvent être révoquées pour cause d'ingratitude. Les deux questions sont distinctes et l'une ne préjuge pas l'autre. On peut admettre, comme nous l'avons enseigné, que l'époux coupable séparé de corps n'encourt pas de plein droit la peine que l'article 299 inflige à celui contre lequel le divorce est prononcé, et néanmoins décider que l'époux innocent peut demander la révocation des donations pour cause d'ingratitude. Le siége de la matière est dans l'article 959.

Le texte de l'article 959 paraît, au premier abord, décider la question. Il fait une exception pour les *donations en faveur de mariage*. Cette expression est générale, elle comprend non-seulement les donations que des tiers font aux futurs époux, mais aussi celles que les futurs époux se font entre eux; cela n'est pas contesté et cela n'est pas contestable, puisque le législateur lui-même le dit dans l'article 960. Dès lors ne faut-il pas appliquer le principe que, là où la loi ne distingue pas, il n'est pas permis à l'interprète de distinguer? Ne faut-il pas dire que lorsque

(1) Voyez le tome III de mes *Principes*, p. 411, n° 354.

la loi est claire, on doit l'interpréter dans le sens littéral qu'elle présente, sans que l'on puisse même invoquer l'esprit de la loi contre la lettre? C'est en ce sens que la cour de cassation a longtemps jugé, et tel était aussi l'avis des maîtres de la science, Merlin en tête. L'article 959, dit la cour suprême, est conçu dans des termes généraux; il ne distingue pas entre les donations faites en faveur de mariage par des tiers et celles des futurs époux; il est dès lors impossible d'admettre une distinction sans méconnaître la généralité et la portée des expressions de cet article. Vainement invoque-t-on l'équité et la justice; Merlin et la plupart des jurisconsultes qui suivent son opinion avouent que la loi est mauvaise, injuste; mais c'est la loi; si elle est mauvaise, c'est au législateur, et non à l'interprète, à la changer (1).

Si réellement le texte était aussi décisif qu'on le dit, nous adopterions cette opinion sans craindre le reproche d'être un adorateur de la lettre. La lettre, quand elle est claire, est l'expression de la volonté certaine du législateur; et n'est-ce pas un devoir pour l'interprète de plier sous cette volonté? Troplong traite avec dédain les légistes *méticuleux* qui s'attachent à l'*écorce des mots* et qui sont plus préoccupés du *matérialisme d'une formule légale*, que des *grandes vérités de la morale* (2). Ce dédain est très-déplacé, alors que parmi les légistes *méticuleux* se trouvent Merlin, dont le nom survivra à la réputation éphémère de Troplong, ainsi que les plus grands jurisconsultes de France (3). Troplong oublie que la cour de cassation a rendu huit arrêts en faveur de l'opinion qu'il qualifie de matérialiste (4) et que les chambres réunies

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Séparation de corps*, § IV, n° 5; *Questions de droit*, au même mot, § I, n° 21. Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, p. 209, note *b*.

(2) Troplong, t. I, p. 435, n° 1348.

(3) Voyez les témoignages dans Aubry et Rau, t. VI, p. 107, note 10, § 708; Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 372; Demolombe, t. IV, p. 627 et suiv., n°s 641 et suiv.

(4) Voyez l'un des derniers, cassation, 21 décembre 1842 (Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 372). Il y a deux arrêts de Bruxelles, dans le même sens, des 23 mai 1861 (*Pasicrisie*, 1862, 2, 115) et 10 juillet 1865 (*Pasicrisie*, 1866, 2, 397). Comparez un arrêt de la cour de cassation de Belgique,

n'ont consacré l'opinion contraire qu'à la majorité d'une voix (dix-huit contre seize); il oublie, ou peut-être il n'oublie pas, que l'arrêt de 1845 fut rendu sur les conclusions contraires du procureur général Dupin. Cette vive opposition doit au moins nous rendre réservé dans notre appréciation et dans notre langage. Nous partageons l'avis qui a fini par prévaloir, mais nous nous garderons bien d'accuser nos adversaires de matérialisme, alors qu'ils restent attachés à la lettre de la loi, quand ils la croient claire et évidente.

A notre avis, le texte n'est pas aussi clair qu'on le dit. L'expression *donation en faveur de mariage* peut comprendre les donations entre époux, mais elle ne les comprend pas nécessairement. On pourrait même dire, en se plaçant au point de vue des sentiments qui animent les futurs époux, que les donations qu'ils se font sont inspirées par l'affection, comme leur union est le résultat de l'amour qu'ils se portent. Il y a quelque chose de révoltant dans la pensée que l'époux gratifié ne se marie que parce qu'il reçoit une libéralité; n'est-ce pas dire que le mariage est un marché? Qu'il le soit trop souvent, peu importe; le législateur au moins ne doit pas le supposer. Il doit supposer, au contraire, que si l'un des futurs époux donne à son conjoint, c'est par affection; donc celui-ci est tenu à la reconnaissance, et s'il est ingrat, il doit perdre la libéralité qu'il a reçue. Qu'on le remarque bien! Nous n'invoquons pas la morale contre le texte; nous disons seulement que la donation entre époux n'est pas nécessairement une donation en faveur de mariage, dans le sens légal du mot. Reste à savoir dans quel sens les auteurs du code l'ont employée; or, les auteurs du code ont parlé, nous avons transcrit leurs paroles, et il se trouve que pas une de ces paroles ne s'applique à la donation entre époux. Peut-on dire que la donation entre époux doit être irrévocable, parce que si elle était révoquée pour cause d'ingratitude, le *délit* du donataire retomberait sur la fa-

du 20 mai 1847, rendu en matière de séparation de corps (*Pasicrisie*, 1848, 1, 1).

mille, c'est-à-dire sur des innocents? Qui profite de la révocation? Précisément l'époux donateur, et si les biens lui reviennent, les enfants nés du mariage en profiteront également. C'est l'intérêt de la société, dit Jaubert, qui réclame l'exception de l'article 959. Est-ce que la société serait intéressée à ce que le conjoint donataire soit impunément ingrat? Non, dit-on, mais elle a intérêt à ce que les mariages soient favorisés par les donations que les futurs époux se font. Admettons qu'elle soit intéressée à ce que les mariages soient favorisés au risque d'être des marchés ; est-ce que le mariage, c'est-à-dire la famille ne profitera pas de la libéralité, en supposant qu'elle soit révoquée? La libéralité reste à la famille, puisque les biens donnés reviennent au conjoint donateur, et par suite à ses enfants. Voilà une différence capitale entre la donation faite par un tiers et la donation entre époux; la première, quand elle est révoquée, sort de la famille qui y comptait; la seconde, malgré la révocation, y reste; le pacte de famille est donc intact. C'est le sort des enfants qui préoccupe surtout Bigot-Préameneu, l'orateur du gouvernement. Eh bien, la révocation pour ingratitude d'une donation entre époux laisse le droit des enfants intact, tandis que s'il s'agit de la donation d'un tiers, ils peuvent être ruinés. Favard dit que le traité qui intervient entre les deux familles qui vont s'unir doit profiter aux enfants; c'est pour qu'il leur profite que la loi déclare non révocable la donation faite par un tiers ; or, faite par un époux à l'autre, elle profite aux enfants, quoique révoquée. Et l'on veut que deux libéralités d'une nature aussi différente soient régies par un même principe, alors que l'exception faite pour l'une n'a pour l'autre aucune raison d'être !

La conclusion nous paraît certaine et très-juridique. Sans doute, il n'est pas permis de distinguer quand la loi est générale. Mais cette règle n'est pas absolue; si on l'appliquait comme telle, on aurait raison de crier au matérialisme. Personne n'y songe ; la doctrine et la jurisprudence admettent qu'il faut distinguer lorsque la distinction résulte de la nature même de la disposition, quelque générale qu'elle soit. Nous avons posé le même prin-

cipe(1), et nous l'avons appliqué bien des fois. Or, d'après ce que nous venons de dire, il ne peut pas y avoir de doute. Il y a deux espèces de donations en faveur de mariage : les donations faites par des tiers et les donations entre époux; les motifs donnés par les auteurs du code s'appliquent exclusivement à la première, pas un seul ne reçoit d'application à la seconde; la nécessité de distinguer résulte donc de la nature même de la disposition; donc la distinction est de droit.

22. Nous avons insisté sur le sens de l'article 959, parce que là est le vrai siége de la difficulté. Les partisans mêmes de l'opinion que nous soutenons avouent que si l'on s'en tenait au texte, il faudrait décider que les donations entre époux sont comprises dans l'exception que cet article établit (2). L'aveu est compromettant; nous croyons avoir démontré que l'on a tort de le faire. La cour de cassation appuie encore sa nouvelle jurisprudence sur les articles 299 et 1518. Aux termes de l'article 299, les donations entre époux sont révoquées, en cas de divorce, contre l'époux coupable, qui perd tous les avantages que son conjoint lui avait faits. Quelle est la raison de cette déchéance? On a répondu que c'est la rupture du lien conjugal. La réponse, dit la cour, n'est pas satisfaisante, puisque la loi ne prononce la déchéance qu'au profit de l'époux demandeur, et qu'elle ne la prononce pas dans le cas où le divorce a lieu par consentement mutuel. L'orateur du gouvernement nous fait connaître les vrais motifs de l'article 299. « Lorsque l'époux, dit Treilhard, se trouve convaincu de faits tellement atroces, quelle doit en être la suite? Jouira-t-il d'un bienfait qui devait être le prix d'une constante affection et des soins les plus tendres? Non. *Il s'est placé au rang des ingrats*, il sera traité comme eux (3). » Si, en cas de divorce, l'ingratitude prouvée entraîne de plein droit la punition que l'ingrat mérite, pourquoi l'époux ingrat n'encourrait-il pas la peine

(1) Voyez le tome Ier de mes *Principes*, p. 353, n° 278.
(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 107, note 10, § 708; Mourlon, t. II, p. 323, n° IX.
(3) Voyez le tome III de mes *Principes*, p. 347, n° 301.

due à l'ingratitude, là où le divorce est aboli, comme en France, ou lorsque des motifs quelconques empêchent l'époux donateur de demander le divorce? L'ingratitude est la même, qu'il y ait divorce ou qu'il n'y en ait point, donc la peine doit aussi être la même.

C'est par suite du même principe, dit la cour de cassation, qu'aux termes de l'article 1518, l'époux qui a obtenu soit la séparation de corps, soit le divorce, conserve ses droits au préciput en cas de survie, tandis que l'époux coupable en est privé. Nous n'aimons pas cet argument que Troplong invoque aussi; les raisons douteuses ou faibles que l'on allègue à l'appui d'une bonne cause, l'affaiblissent au lieu de la fortifier. Le préciput n'est pas une donation, c'est une convention de mariage, dit l'article 1516. Dès lors l'article 1518 doit être écarté du débat; il s'explique indépendamment de la théorie de l'ingratitude. Puisque le préciput est une convention de mariage et que cette convention n'a pas reçu son exécution par la faute de l'époux contre lequel le divorce ou la séparation de corps est prononcée, n'est-il pas juste que celui des contractants qui a rompu le contrat n'en puisse réclamer le bénéfice?

Enfin la cour de cassation invoque la tradition; l'argument serait tout-puissant si la tradition était constante. Mais elle est vague et incertaine. Dans l'ancien droit, dit-on, les donations entre époux étaient révocables pour cause d'ingratitude; sur ce point, il n'y avait aucun doute. Quant aux donations faites par des étrangers aux époux, l'opinion générale les assujettissait aussi à la révocation pour ingratitude. Toutefois il y avait une opinion contraire, donc controverse; c'est cette controverse que l'article 959 décide contre la révocation. Ce qu'il y a de remarquable, ajoute-t-on, c'est que dans l'ancien droit la question était posée dans les termes suivants : « *Quid* des donations en faveur de mariage? » dit Ferrière. On entendait donc par *donations en faveur de mariage* celles que des tiers faisaient aux époux, et non les donations entre époux, car pour celles-ci il n'y avait pas de doute. L'argumentation serait décisive si les au-

teurs du code avaient eu ce passage sous les yeux. Mais on ne voit aucune trace de la tradition dans les travaux préparatoires, de sorte que mieux vaut l'écarter du débat (1).

23. La question de révocation des donations entre époux s'agite d'ordinaire quand l'un d'eux demande la séparation de corps. En France, on admet que l'article 299 s'applique à la séparation; la jurisprudence contraire prévaut en Belgique. Dans cette dernière opinion, qui est aussi la nôtre, la révocation des donations entre époux pour ingratitude est indépendante de la prononciation du divorce ou de la séparation de corps. Elle a son principe dans l'article 953 combiné avec l'article 959; les époux sont dans le droit commun; le donateur a action contre le donataire ingrat, alors même que, pour une raison quelconque, il ne demande ni le divorce ni la séparation de corps. Troplong seul enseigne qu'il est indispensable que la séparation de corps soit prononcée pour que la révocation des donations puisse être admise. La raison en est simple, dit-il; la réconciliation et le pardon élèvent une fin de non-recevoir contre la demande en séparation pour cause d'ingratitude. Or, l'époux qui ne demande pas la séparation est censé ne pas trouver l'injure assez grave, ou l'avoir pardonnée. *Est censé!* Qui autorise l'interprète à créer une présomption que la loi ignore? L'époux donateur demande la révocation ; il est dans son droit. On lui oppose la réconciliation, le pardon; c'est au défendeur à en faire la preuve, d'après le droit commun, puisque la loi n'établit pas la présomption que Troplong a imaginée. Sans doute la preuve sera facile si la vie commune a continué. Mais ne peut-il pas y avoir séparation de fait? Et cette séparation ne sera-t-elle pas une preuve décisive que l'époux donateur n'a pas pardonné à son conjoint?

(1) Cassation, 26 février 1856, et Rejet, 10 mars 1856 (Dalloz, 1856, 1, 49 et 54). Rejet, 22 décembre 1869 (Dalloz, 1870, 1, 292). Les cours d'appel qui avaient admis l'opinion contraire se sont rangées à l'avis de la cour de cassation (voyez la note de l'arrêtiste sur les arrêts de 1845 et de 1856, Dalloz, 1845, 1, 225, et 1856, 1, 49). Troplong, t. I, p. 435 et suiv., nos 1348-1360, discute longuement la question. Comparez Martou, dans la *Belgique judiciaire*, t. XVIII, p. 481 et 497.

La jurisprudence est en ce sens, ainsi que la doctrine (1).

N° 3. DE L'ACTION EN RÉVOCATION.

I. *Par qui peut-elle être formée?*

24. L'article 956 dit que la révocation pour cause d'ingratitude n'a jamais lieu de plein droit. Cela est vrai en général; mais si la donation est faite entre époux et que le divorce soit prononcé, elle est révoquée par le seul fait de la prononciation du divorce, donc de plein droit, en vertu de la loi. En cas de séparation de corps, la révocation doit être demandée d'après le droit commun.

En principe, la révocation ne peut être demandée que par le donateur. C'est une action personnelle, en ce sens qu'elle a pour objet la punition d'une injure. De là suit que si l'injure a été pardonnée, l'action tombe, puisque le pardon efface l'injure. Que faut-il décider si l'époux donataire se rend coupable de nouveaux actes d'ingratitude? On suppose que les faits nouveaux ne suffisent pas par eux-mêmes pour autoriser la révocation; le donateur pourra-t-il invoquer les anciens faits? La question ne se présente guère qu'entre époux. Nous croyons qu'elle doit être décidée affirmativement. Cela résulte de la nature même du pardon; il est conditionnel en ce sens que celui à qui l'on pardonne s'engage à ne plus retomber dans les mêmes fautes; si donc il se rend coupable d'une nouvelle ingratitude, le pardon est effacé et l'injure pardonnée revit. Le code applique ce principe en matière de divorce, et nous l'avons admis en matière de séparation de corps, quoique, dans notre opinion, on ne puisse pas raisonner, par analogie; du divorce à la séparation de corps : c'est le droit commun (2).

(1) Lyon, 4 mars 1852 (Dalloz, 1852, 2, 258). Aubry et Rau, t. VI, p. 108, note 11, § 708. En sens contraire, Troplong, t. I, p. 440, n° 1362. Caen, 30 décembre 1854 (Dalloz, 1856, 2, 132). Rouen, 4 mars 1856 (Dalloz, 1856, 2, 293). Limoges, 26 avril 1869 (Dalloz, 1870, 1, 293).

(2) Coin-Delisle, p. 286, n° 10 de l'article 955. Comparez le tome III de mes *Principes*, p. 247, n°s 208-214, et p. 371, n° 317. En sens contraire, Demolombe, t. XX, p. 625, n° 674.

25. Nous venons de dire que, dans l'opinion de Troplong, le fait seul de ne pas demander la séparation de corps est une preuve du pardon et devient une fin de non-recevoir. D'après les vrais principes, il faut dire que c'est une question de fait. Dans une espèce qui s'est présentée devant la cour de Caen, la femme s'était séparée de son mari et lui avait fait signifier défense de rentrer dans son domicile; depuis lors, la cohabitation avait cessé et il n'y avait plus eu aucun rapport entre les époux. Il est évident que, dans ces circonstances, on ne pouvait faire résulter de l'inaction de la femme la preuve du pardon et de l'abandon de son droit (1).

26. L'action étant fondée sur une injure devrait être purement personnelle, et par suite ne pas passer aux héritiers du donateur. Ce principe est consacré par le code; l'article 957 porte que la révocation pour cause d'ingratitude ne peut être demandée par les héritiers du donateur contre le donataire. Toutefois la loi admet deux exceptions. Lorsque l'action a été intentée par le donateur, les héritiers peuvent la continuer. C'est le droit commun. Il est de règle que les actions personnelles une fois intentées se transmettent aux héritiers; cette règle est l'application du principe d'après lequel le demandeur doit obtenir par le jugement ce qu'il aurait obtenu par la demande si elle avait pu être jugée de suite; il ne faut pas que les lenteurs nécessaires de la justice profitent au donataire ingrat.

Il y a une seconde exception qui se justifie plus difficilement. L'article 957 commence par dire que la demande en révocation pour cause d'ingratitude doit être formée dans l'année, à compter du jour du délit imputé par le donateur au donataire, ou du jour que le délit aura pu être connu du donateur. Puis la loi donne action aux héritiers si le donateur est décédé dans l'année du délit. D'après la rigueur des principes, l'action devrait s'éteindre dès que le donateur vient à mourir sans avoir agi; on ne conçoit pas que les héritiers forment une action qui était

(1) Caen, 30 décembre 1854 (Dalloz, 1856, 2, 132).

purement personnelle au défunt. Mais le droit français ne connaît pas cette rigueur. Lorsque le donateur meurt dans l'année pendant laquelle il pouvait agir, le législateur suppose qu'il aurait agi s'il avait survécu; il en conclut que la mort du donateur ne doit pas profiter au donataire ingrat; le donateur ne lui ayant pas pardonné, puisqu'il est mort dans le délai où il pouvait agir, la loi donne action aux héritiers. Cela n'est pas juridique, mais cela est équitable et moral.

Nous disons que cela n'est pas juridique. En effet, il résulte de l'article 957 que, si l'action n'est pas éteinte par le pardon exprès ou tacite, les héritiers du donateur peuvent l'intenter; ils ont donc le même droit que le défunt; ce qui est en opposition avec le principe de la loi d'après lequel les héritiers ne peuvent pas demander la révocation : l'exception absorbe la règle. Pour échapper à cette conséquence, l'on a proposé de n'accorder l'action aux héritiers que si le donateur décédait dans l'année du délit, qu'il l'ait connu ou non. Cette interprétation est inadmissible, parce qu'elle est contraire au texte et à l'esprit de la loi. Elle est contraire au texte; en effet, les mots *dans l'année du délit*, du second alinéa de l'article 957, doivent être entendus dans le sens du premier alinéa, qu'ils reproduisent sous une forme abrégée, ce qui implique la distinction entre le cas où le donateur a connu le délit et celui où il ne l'a pas connu; de sorte que les héritiers n'auront plus l'action si le donateur décède après l'année du délit, quand même il serait mort sans connaître l'ingratitude. L'esprit de la loi conduit à la même conséquence; en effet, si les héritiers peuvent agir, c'est parce que le donateur n'a pas pardonné; or, pour qu'il puisse être question de pardon, il faut que le donateur ait connu le délit, donc la distinction entre le délit connu et le délit non connu résulte de la nature des choses (1).

27. Que faut-il entendre par le mot *héritiers?* Sont-ce tous les successeurs universels, ou ne sont-ce que les re-

(1) Demolombe, t. XX, p. 637, n° 683, et les autorités qu'il cite. En sens contraire, Coin-Delisle, p. 287, n° 13 de l'article 955, et Demante, t. IV, p. 235, n° 100 *bis* VI.

présentants de la personne du défunt, ceux auxquels la loi accorde la saisine? Si la question pouvait être décidée d'après les vrais principes, nous serions de l'avis d'Aubry et Rau : l'action n'est pas une action pécuniaire, elle ne doit donc pas appartenir aux successeurs qui ne succèdent qu'aux biens ; c'est une action attachée à la personne du donateur, donc elle n'appartient qu'à ceux qui continuent la personne. Mais le code ignore cette rigueur, il y déroge lui-même, puisqu'il accorde l'action aux héritiers, quoique le défunt ne l'ait pas intentée. Cela prouve que le législateur tient moins aux principes qu'à la révocation ; dans un intérêt moral, il veut que le donataire ingrat soit puni, donc il faut accorder l'action à tous ceux qui succèdent aux droits du défunt (1).

28. Les créanciers du donateur ne peuvent pas intenter l'action. Cela n'est pas douteux. Il s'agit d'un droit exclusivement attaché à la personne du donateur, en ce sens qu'il est essentiellement moral ; fondé sur une injure, c'est à celui qui est injurié à voir s'il veut poursuivre la punition du coupable. Vainement objecterait-on que l'action passe aux héritiers ; l'article 957 pose en principe que les héritiers ne peuvent pas former la demande, et quoique l'exception absorbe la règle, il n'appartient pas à l'interprète de l'étendre en accordant l'action aux créanciers (2).

Faut-il dire la même chose des créanciers des héritiers? La question est douteuse. En principe, il faudrait dire que l'action change de nature en passant aux héritiers ; que, de morale qu'elle était, elle devient pécuniaire. Mais est-ce bien là la théorie du code? Cela est plus que douteux. C'est l'action pour cause d'ingratitude qui est exercée par les héritiers ; elle a, à leur égard, la même nature qu'à l'égard du donateur ; donc il faut dire que les créanciers ne peuvent l'exercer (3).

29. L'on admet généralement que l'action en révoca-

(1) Demante, t. IV, p. 236, n° 100 *bis* VIII. Demolombe, t. XX, p. 644, n° 690. En sens contraire, Aubry et Rau, t. VI, p. 109, note 17, § 708.
(2) Voyez les auteurs cités par Dalloz, n° 1856, et Demolombe, t. XX, p. 646, n° 693.
(3) Comparez, en sens divers, Aubry et Rau, t. VI, p. 109, note 17, § 708 ; Demolombe, t. XX, p. 645, n° 692.

tion peut être cédée, bien entendu quand elle est ouverte. Cela n'est pas contraire au principe de la personnalité du droit. Il est personnel en ce sens que le donateur peut seul l'exercer; il ne faut pas que des tiers interviennent dans les relations intimes qui peuvent exister entre le donateur et le donataire, en demandant une révocation qui troublerait cette intimité. Mais le donateur qui cède son droit l'exerce; c'est donc de son consentement que le cessionnaire agira. Nous ne comprenons pas que l'on ait écrit que, malgré la cession, le donateur peut faire tomber l'action en pardonnant. Quand il a cédé son action, il n'a plus de droit; à quel titre y renoncerait-il (1)?

II. *Contre qui l'action peut-elle être formée et dans quel délai?*

30. Aux termes de l'article 957, la révocation ne peut être demandée par le donateur contre les héritiers du donataire. La mort du donataire éteint l'action, parce que la révocation est une peine; or, la peine ne peut être prononcée que contre le coupable. La loi n'admet aucune exception à ce principe. En faut-il conclure que l'action intentée contre le donataire ne peut pas même être continuée contre ses héritiers? La question est controversée. D'après les principes, elle ne souffrirait aucun doute. Il a toujours été admis que les actions, quoique personnelles, se continuent malgré la mort du demandeur ou du défendeur. Mais on prétend que l'article 957 a dérogé à ce principe en ce qui regarde la mort du donataire. Le deuxième alinéa commence par poser comme règle que la révocation ne peut être demandée par le donateur contre les héritiers du donataire, ni par les héritiers du donateur contre le donataire. Puis il fait une exception; mais pour quel cas? Le texte est formel : *à moins que dans ce dernier cas*. Donc la loi limite l'exception; et quelle est l'exception? Elle concerne précisément la poursuite ou la continuation de l'action; la loi l'admet pour les héritiers du

(1) Coin-Delisle, p. 289, n° 20 de l'article 955; Aubry et Rau, t. VI, p. 110, n° 19. Comparez Demolombe, t. XX, p. 646, n° 694.

donateur; donc elle l'exclut en ce qui concerne les héritiers du donataire. M. Demolombe admire, dit-il, que cet argument si décisif n'ait pas même été relevé par les partisans de l'opinion contraire. L'argument ne nous paraît pas aussi décisif qu'on le prétend; ce n'est en définitive qu'un argument tiré du silence de la loi, mauvais argument quand il est en opposition avec les principes. Or, ici les principes sont évidents. Le donateur a agi, il ne reste que la prononciation du juge; les lenteurs inévitables de la justice prolongent la procédure, le donataire meurt, et l'on veut que sa mort nuise au donateur et profite aux héritiers du donataire ingrat! Il y a plus, le principe même de la personnalité du droit ne peut plus être invoqué; dès que l'action est intentée, le droit devient pécuniaire quant à ses conséquences; donc le donateur en doit profiter.

Un auteur qui n'a pas plus de respect pour la tradition que pour l'autorité des plus grands jurisconsultes, dit qu'il y a une *vieille maxime* romaine d'après laquelle toute action qui s'éteint par la mort se continue quand elle est une fois formée en justice. Marcadé demande si cette règle est d'une application aussi absolue qu'on veut bien le dire. Lorsque, dit-il, une personne, mise en jugement pour un crime, meurt pendant l'instruction, continuera-t-on l'action contre ses héritiers? A notre tour nous demanderons qui a jamais songé à une absurdité pareille? Est-ce que l'ingratitude est un crime dont la punition se poursuit devant les assises? C'est un délit civil, dit-on. Oui, mais le délit civil est une question d'intérêt pécuniaire. La loi tient compte de cet intérêt, en donnant l'action aux héritiers du donateur. Ce qu'il y a de personnel dans l'action consiste uniquement en ceci, c'est que le donateur doit l'intenter; or, il l'a intentée. Dès lors il n'y a plus aucune raison pour qu'elle ne se continue pas (1).

31. Le premier alinéa de l'article 957 porte : « La demande en révocation pour cause d'ingratitude devra

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 110, note 20, et les auteurs qui y sont cités. En sens contraire, Valette (Mourlon, t. II, p. 321), Marcadé, t. III, p. 620, n° II de l'article 957; Demolombe, t. XX, p. 630, n° 679.

être formée dans l'année, à compter du jour du délit imputé par le donateur au donataire, ou du jour que le délit aura pu être connu par le donateur. » Pourquoi la loi veut-elle que l'action soit intentée dans l'année? La révocation de la donation est la punition de l'ingratitude; c'est donc, de la part du donateur qui la demande, une espèce de vengeance. Or, c'est au moment où le donataire se montre ingrat que le donateur est porté à se venger; s'il n'agit point, le temps calmera son ressentiment, il finira par pardonner, et le pardon, en effaçant l'injure, fait tomber l'action. Si l'inaction du donateur dure pendant une année, la loi présume qu'il a pardonné. Il résulte de là que le délai d'un an n'est pas une prescription; quand la loi abrége le temps ordinaire requis pour prescrire, c'est dans l'intérêt des tiers ou de l'une des parties. L'intérêt des tiers est hors de cause en cas d'ingratitude, puisque les droits qui leur sont concédés restent valables jusqu'à l'inscription de la demande en révocation (art. 958). Ce n'est certes pas dans l'intérêt du donataire ingrat que la loi a limité la durée de l'action qui doit lui enlever les biens dont il s'est montré indigne; ce n'est pas non plus dans l'intérêt du donateur, puisqu'il est obligé d'agir dans un très-bref délai. Il n'y a d'autre raison que la présomption de pardon; ce qui exclut toute idée de prescription.

Aussi n'y a-t-il rien de commun entre le délai d'un an et le délai dans lequel doivent être intentées l'action publique et l'action civile qui naissent des délits dont le donataire s'est rendu coupable. L'attentat à la vie, les excès ou sévices, les délits et les injures graves sont des crimes ou des délits qui donnent lieu à une action publique et à une action civile; ces actions, selon qu'il s'agit d'un crime ou d'un délit, se prescrivent par dix ans ou par trois ans (code d'instr. crim., art. 637 et 638). Il résulte de là que le donateur aura encore l'action civile en dommages-intérêts, alors qu'il n'aura plus l'action en révocation de la donation, s'il a connu le fait d'ingratitude au moment où il a été commis, ce qui est certes le cas ordinaire. Ce n'est pas là une contradiction. L'action civile a pour objet la réparation du dommage causé par le crime ou le délit;

tandis que l'action en révocation a pour objet de punir l'ingratitude du donataire. Les deux actions n'ont rien de commun ; il n'y a donc pas de contradiction à ce qu'elles soient régies par des principes différents.

Le fait d'ingratitude peut rester inconnu du donateur pendant plusieurs années : telle serait une tentative d'empoisonnement. Dans ce cas, l'action en révocation peut survivre à l'action publique et à l'action civile qui naissent du crime, car le délai d'un an, dans lequel le donateur doit agir, ne court que du jour où il aura pu connaître le délit. La loi ne dit pas : du jour où il aura connu le délit. Le moment où le donateur acquiert la connaissance du délit peut rester ignoré du donataire ; or, le donataire a intérêt à connaître le jour où l'action du donateur prend naissance, afin de savoir si le silence du donateur dure pendant une année et si, par suite, l'action en révocation tombe. Il suffira que le donataire prouve que le donateur est resté dans l'inaction pendant une année à partir du moment où le délit aura pu être connu de lui (1).

32. La question de savoir à qui incombe la preuve doit être décidée d'après les principes généraux qui régissent la preuve. On suppose que le donateur agit après l'année du délit ; le donataire pourra lui opposer la fin de non-recevoir résultant de la présomption de pardon établie par l'article 957. Le donateur, de son côté, pourra se prévaloir de l'exception que lui offre cet article et demander à prouver que le délit est parvenu à sa connaissance depuis moins d'une année. Alors le donataire peut répliquer que le délit a pu être connu de lui plus tôt. Ici se présente une difficulté. Il se peut que le délit ait pu être connu plus tôt du donateur, mais qu'en réalité il ne l'ait pas connu. Sera-t-il admis à prouver qu'il n'a pas eu connaissance du délit? On enseigne l'affirmative. Une chose est certaine, c'est que la preuve de la possibilité exigée par l'article 957 doit être faite de manière que l'on en puisse raisonnablement conclure que le fait d'ingratitude a été connu du donateur, car c'est sur cette connais-

(1) Coin-Delisle, p. 286, n°s 3 et 4 de l'article 957. Demante, t. IV, p. 233, n° 100 *bis* III. Demolombe, t. XX, p. 616, n°s 661-664.

sance et sur l'inaction du donateur que se fonde la présomption de pardon. Faut-il aller plus loin et dire que le donateur sera admis à prouver que, malgré toutes les probabilités, il n'a pas connu le délit, que par suite il n'a pas pu le pardonner? Il y a un motif de douter, c'est que la présomption établie par l'article 957 est une de celles contre lesquelles la preuve contraire n'est pas admise, puisque la loi refuse l'action en justice (art. 1352), en se fondant sur la présomption de pardon. Nous répondons, et la réponse est décisive, qu'il faut voir avant tout si la présomption existe; or, il ne peut pas y avoir de présomption de pardon si le donateur a ignoré le fait d'ingratitude qu'il doit avoir pardonné. La preuve de cette ignorance doit donc être admise. Tout ce qui résulte de l'article 957, c'est que le donataire n'est pas tenu de prouver le moment où le donateur a acquis la connaissance du délit; la loi veut lui faciliter la preuve, mais elle n'entend pas empêcher le donateur de faire la preuve contraire. La preuve contraire que l'article 1352 exclut serait celle-ci : que le donateur n'a pas pardonné, quoiqu'il ait connu le délit et quoiqu'il ait gardé le silence pendant un an. Dans l'espèce, il s'agit seulement de prouver que l'élément essentiel sur lequel la présomption est fondée fait défaut (1).

33. Quand le donateur et le donataire vivent en commun, il y a d'ordinaire plus d'un fait d'ingratitude. Il en est ainsi des conjoints; lorsque leur union est malheureuse, les sévices, les injures deviennent trop souvent une chose habituelle. Chaque fait d'ingratitude donne lieu à l'action en révocation; le délai d'un an ne courra donc qu'à partir du dernier délit dont le donataire se sera rendu coupable. De sorte que si la vie commune continue jusqu'à la mort du donateur, sans que celui-ci ait agi, l'action passera aux héritiers, comme nous allons le dire (2).

Il s'est présenté une espèce singulière dans laquelle un seul et même fait d'ingratitude a duré pendant toute

(1) Comparez Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, p. 194, note *b*. Demante, t. IV, p. 234, n° 100 *bis* III. Demolombe, t. XX, p. 618, n° 664.
(2) Rejet de la chambre civile, 10 mars 1856 (Dalloz, 1856, 1, 54).

la vie du donateur. La femme refusait d'habiter avec son mari, malgré le jugement qui l'avait condamnée à réintégrer le domicile conjugal. Ce refus constituait une injure grave, donc un fait d'ingratitude. Le délai d'un an, dans lequel la révocation devait être demandé, avait-il couru à partir du jour où la femme avait refusé de cohabiter avec son mari? La cour de Limoges jugea que le refus ayant duré jusqu'au décès du mari et l'injure s'étant aggravée pendant sa dernière maladie, il n'y avait pas lieu à la déchéance prononcée par l'article 957, c'est-à-dire que le délai n'ayant pu courir à partir du refus de la femme, parce que le délit était continu, le droit du mari donateur existait encore à sa mort, et par suite ses héritiers pouvaient l'exercer (1).

34. Dans quel délai les héritiers doivent-ils agir? Ils peuvent agir dans deux cas. Quand l'action a été intentée par le donateur, ils la continuent; cela ne donne lieu à aucune difficulté. Les héritiers peuvent aussi intenter l'action lorsque le donateur est décédé dans l'année du délit; ici naît la question de savoir dans quel délai ils doivent agir. La loi ne le dit pas; le second alinéa a seulement pour objet de décider dans quels cas les héritiers ont le droit d'agir, il ne dit rien du délai pendant lequel ils doivent former leur action. Cela prouve que le deuxième alinéa de l'article 957 s'en rapporte au premier qui fixe le délai pour l'action intentée par le donateur. En d'autres termes, le délai est le même pour les héritiers et pour le donateur. Cela est très-logique. En effet, dans le système du code, l'action est la même, donc le délai doit aussi être le même, c'est-à-dire que la présomption de pardon que la loi établit pour le donateur existe aussi à l'égard de ses héritiers.

L'application de ce principe ne souffre aucune difficulté lorsque le donateur est décédé sans avoir connu l'ingratitude du donataire. Dans ce cas, l'action s'ouvre en faveur des héritiers, comme elle se serait ouverte en faveur

(1) Limoges, 26 avril 1869, et Rejet, 22 décembre 1869 (Dalloz, 1870, 1, 292).

du donateur ; donc le délai d'un an courra à partir du décès du donateur, car ils peuvent agir dès ce moment. Cela suppose qu'ils connaissent les faits d'ingratitude dont le donataire s'est rendu coupable. S'ils ne les connaissent pas, le délai ne peut pas courir contre eux, pas plus qu'il n'avait couru contre le donateur, car il ne peut pas y avoir de présomption de pardon tant que les héritiers ignorent les faits qu'ils doivent avoir pardonnés (n° 26). Le délai d'un mois ne courra, dans ce cas, que du jour où les héritiers auront obtenu connaissance des faits dont le donataire s'est rendu coupable.

Lorsque le donateur est décédé après avoir obtenu connaissance de l'ingratitude du donataire, mais sans avoir intenté l'action, ses héritiers peuvent la former. Dans quel délai? On décide généralement que les héritiers doivent l'intenter avant l'expiration du laps de temps qui restait à courir, lors du décès du donateur, pour compléter l'année pendant laquelle il pouvait agir. Cela est contraire au principe que nous avons posé et que nous maintenons. L'inaction des héritiers est un pardon ; or, le pardon ne se présume, d'après l'article 957, que si l'inaction de celui qui a droit d'agir dure une année ; donc il faut que les héritiers restent une année sans agir pour qu'on puisse leur opposer la fin de non-recevoir qui résulte du pardon. On dira que le délai a commencé à courir contre le donateur et qu'il continue à courir contre ses héritiers. L'objection serait décisive s'il s'agissait d'une vraie prescription ; mais tout le monde reconnaît que le délai d'un mois n'est pas une prescription véritable. Dès lors il faut s'en tenir au principe spécial établi par l'article 957. Le texte ne dit pas que les héritiers n'ont qu'une fraction d'année pour agir ; nous le répétons, le deuxième alinéa ne s'occupe pas du délai, c'est donc le premier alinéa qui décide la question. Puisque ce sont les héritiers qui intentent l'action, on doit leur accorder un délai d'un an. L'opinion contraire conduit à une conséquence qui est absurde. Si le donateur mourait après un an moins un jour, les héritiers seraient censés avoir pardonné pour n'avoir pas agi le jour même du décès. Dira-t-on que dans

la prescription ordinaire cette absurdité peut aussi se rencontrer? Oui, mais la prescription est d'ordre public, elle l'emporte sur l'intérêt privé; tandis que, dans l'espèce, il n'y a que des intérêts privés en cause. On conçoit une prescription s'accomplissant par fractions; on ne comprend pas que le donateur pardonne pour les trois quarts et que les héritiers pardonnent pour le quart restant. Le défunt qui meurt dans l'année du délit n'a pas pardonné; donc il faut que les héritiers pardonnent, et ils ne sont censés pardonner que s'ils restent dans l'inaction pendant un an (1). Il y a un arrêt de la cour de Rouen en faveur de notre opinion (2).

35. La prescription est suspendue en faveur des mineurs et des interdits; elle ne court point entre époux (art. 2252, 2253). Ce principe s'applique-t-il au délai d'un an établi par l'article 957? La question est très-importante pour ce qui regarde les donations faites entre époux. Si la vie commune continue, régulièrement le donateur n'agira pas. Suffira-t-il qu'une année s'écoule sans qu'il ait agi pour qu'il soit non recevable? La jurisprudence est divisée. Nous croyons que le principe de la suspension ne reçoit pas d'application au délai de l'article 957. Il y a de cela une raison qui nous paraît décisive, c'est que le délai n'est pas une prescription. Il faudrait donc une disposition spéciale pour étendre le délai d'un an en faveur des incapables. Dira-t-on que s'il s'agit d'un donateur interdit ou de l'héritier mineur du donateur, on ne conçoit pas que le pardon résulte de l'inaction pendant un an? Cela est vrai, mais cela prouve qu'il y a une lacune dans la loi, et il n'appartient qu'au législateur de la combler. Entre époux, il y a moins de doute. Il est certain que l'époux peut pardonner l'injure, ce qui fait tomber l'action; or, l'inaction pendant un an est une présomption de pardon. La présomption peut sans doute faire défaut, mais ici encore nous sommes en présence d'un texte ab-

(1) En sens contraire, Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, p. 195, note *d*; Aubry et Rau, t. VI, p. 110, et note 21, § 708.
(2) Rouen, 4 mars 1856 (Dalloz, 1856, 2, 293). Comparez Demolombe, t. XX, p. 641, n° 686.

solu. On invoque en faveur de la suspension l'article 2253 qui décide également en termes absolus que la prescription ne court pas entre époux (1). Nous répondons que cette disposition n'est absolue qu'en apparence; elle parle de la suspension de la prescription; or, la question est précisément de savoir si le délai de l'article 957 est une prescription, et nous croyons avoir démontré le contraire (n° 31), ce qui est décisif.

Il n'y a qu'un cas dans lequel le délai de l'article 957 ne court point, c'est quand le fait d'ingratitude est continu; la raison en est simple, c'est que chaque jour il naît une nouvelle action au profit du donateur; donc au moment où il meurt, son droit est entier, et il le transmet à ses héritiers (n° 33).

36. On a prétendu que l'action en séparation de corps intentée par l'époux donateur proroge le délai d'un an établi par l'article 957. Cela est admissible si l'on applique l'article 299 à la séparation de corps. Dans cette opinion, l'époux qui demande la séparation demande implicitement la révocation des libéralités qu'il a faites à son conjoint, puisque la révocation est une suite nécessaire de la séparation (2). Nous avons professé l'opinion contraire, d'après laquelle la séparation de corps n'entraîne pas la déchéance que le code prononce en cas de divorce. Dans cette opinion, demander la séparation n'est pas demander la révocation des libéralités que le demandeur a faites à l'époux coupable; donc il reste dans le droit commun de l'article 957, et malgré la demande, on pourra lui opposer la fin de non-recevoir résultant de son inaction pendant une année. Il en serait autrement, d'après notre droit, de la demande en divorce, puisque celle-ci implique nécessairement la révocation de tous les avantages que l'époux demandeur a faits à son conjoint.

(1) Caen, 30 décembre 1854 (Dalloz, 1856, 2, 132); Rennes, 20 juillet 1843 (Dalloz, 1845, 1, 225). Voyez les arrêts pour et contre, cités par Dalloz, 1856, 1, 49, en note). Comparez Aubry et Rau, t. VI, p. 111, notes 22 et 23; Demolombe, t. XX, p. 619, n° 666.

(2) Troplong, t. I, n°s 1338-1343. Douai, 15 janvier 1828 (Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 382, 1°). En sens contraire, Aubry et Rau, t. VI, p. 111 et suiv., et note 24.

N° 4. EFFET DE LA RÉVOCATION.

I. *A l'égard des tiers.*

37. L'article 958 porte : « La révocation pour cause d'ingratitude ne préjudiciera ni aux aliénations faites par le donataire, ni aux hypothèques et autres charges réelles qu'il aura pu imposer sur l'objet de la donation, pourvu que le tout soit antérieur à l'inscription qui aurait été faite de l'extrait de la demande en révocation en marge de la transcription prescrite par l'article 939. » Ce principe est spécial à la révocation pour cause d'ingratitude; la révocation pour inexécution des charges résout les actes de disposition faits par le donataire; il en est de même de la révocation pour survenance d'enfants (art. 954 et 963). Quelle est la raison de cette différence? Quand la donation est révoquée pour cause de survenance d'enfants ou d'inexécution des charges, il y a une condition résolutoire tacitement convenue par les parties contractantes ou établie par la loi; or, l'effet de toute condition résolutoire, quand elle s'accomplit, est de remettre les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé (article 1183), et par suite de résoudre tous les actes de disposition faits par celui dont le droit est résolu. Lorsque la donation est révoquée pour cause d'ingratitude, il n'y a point de condition résolutoire (n° 1); la donation est révoquée pour punir le donataire ingrat. Or, toute peine ne peut avoir d'effet que du moment où elle est prononcée. Donc le donataire reste propriétaire jusqu'au moment où la donation est révoquée; par conséquent tous les actes de propriété qu'il a faits doivent être maintenus.

Telle est la raison du principe que la révocation pour cause d'ingratitude ne rétroagit point; elle se fait *ex nunc*, comme on dit dans le langage de l'école. On donne encore d'autres motifs(1). Il faut se garder d'accumuler une masse

(1) Demolombe, t XX, p. 648, n° 697 Coin-Delisle, p. 289, n° 1 de l'article 958.

de raisons quand il y en a une qui est décisive, car on risque d'en donner de mauvaises. Ainsi l'on dit que la révocation pour cause d'ingratitude dérive d'un fait personnel et volontaire du donataire. Cela est vrai, mais cela est vrai aussi de l'inexécution des conditions. Donc l'argument prouve trop, et on ne doit pas habituer la jeunesse à se payer de raisons qui ne prouvent rien. On dit encore que les tiers ne peuvent pas s'attendre à ce que le donataire soit ingrat, tandis qu'ils peuvent s'attendre à l'inexécution des conditions et même à la survenance d'enfants. Si la révocation rétroagit ou ne rétroagit pas au préjudice des tiers, ce n'est pas parce qu'ils peuvent ou non s'attendre à la révocation; c'est parce que les principes de droit le veulent ainsi. Il s'agit du plus irrévocable des contrats; si néanmoins la donation est révoquée, même contre les tiers, quand elle est faite sous condition résolutoire, c'est que cette condition résout les droits qui leur ont été concédés, sans distinguer si les tiers ont pu ou non connaître la révocation du droit de celui qui leur a fait ces concessions. Si, au contraire, la révocation pour cause d'ingratitude ne rétroagit pas contre eux, c'est par la raison que nous venons de dire, et non parce que les tiers ne peuvent s'attendre à l'ingratitude : doivent-ils s'attendre davantage à ce que le donataire n'exécute pas les charges, ou qu'un enfant survienne à un vieillard?

38. Aux termes de l'article 958, la révocation a effet à l'égard des tiers à partir de la publicité donnée à la demande par la voie de l'inscription qui se fait en marge de la transcription. Notre loi hypothécaire a généralisé cette disposition, en l'appliquant à tous les cas où la révocation ne rétroagit point (art. 4). La publicité donnée à la demande prévient les tiers qui sont dans le cas de traiter avec le donataire. Dès lors il est juste que le jugement rétroagisse au jour de la demande. C'est l'effet de tout jugement, le demandeur devant retirer de son action le bénéfice qu'il en aurait eu si le jugement avait pu être rendu de suite. Dans le cas de révocation pour ingratitude, il y a une raison de plus qui existe dans tous les

cas où le défendeur reste propriétaire jusqu'au jugement qui révoque son droit. Si jusqu'au jugement il pouvait faire des actes de disposition, la révocation serait souvent illusoire, le donataire se hâterait d'aliéner; les aliénations ne pourraient être attaquées que pour cause de fraude, ce qui est très-difficile, parce qu'il faut prouver la complicité des tiers. L'article 958 sauvegarde tous les droits et tous les intérêts.

39. L'article 958 fait rétroagir le jugement au jour où la *demande* est inscrite. Par demande on entend l'ajournement devant le tribunal de première instance. On admet que la citation en conciliation peut être également inscrite, avec cet effet que si la demande est inscrite dans le délai de droit, le jugement et la révocation remonteront, à l'égard des tiers, à la date de l'inscription de la citation en conciliation. Est-il vrai, comme on le dit, que c'est là l'application d'un principe général? Cela nous paraît très-douteux. L'article 958 exige la publicité, non de la citation en conciliation, mais de la demande; jusqu'à l'inscription de la demande, le donataire reste propriétaire et peut valablement disposer des biens donnés. Tel est le principe posé par le code civil; y est-il dérogé par le code de procédure? Aux termes de l'article 57, la citation en conciliation interrompt la prescription et fait courir les intérêts, pourvu que la demande soit formée dans le mois (art. 2245). Peut-on induire de là que la citation en conciliation a toujours les mêmes effets que la demande? L'article 57 ne dit pas cela, et le texte de l'article 958 est contraire. Comme il s'agit de l'intérêt des tiers, c'est-à-dire d'un intérêt général, nous croyons qu'il faut s'en tenir à la lettre de la loi (1).

40. Quels sont les effets de l'inscription? L'article 958 le dit : les actes de disposition que le donataire a faits avant l'inscription sont valables, tandis qu'à partir de l'inscription, le donataire, si la donation est révoquée, sera censé n'être plus propriétaire, et par suite tous les actes

(1) En sens contraire, Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, p. 200. Coin-Delisle, p. 290, n° 6 de l'article 958; Demolombe, t. XX, p. 651, n° 699.

de disposition qu'il fera tomberont, puisque ce sera l'aliénation de la chose d'autrui. Le donateur pourra donc revendiquer sans que le tiers acquéreur puisse lui opposer l'acte de vente, et il reprendra les biens libres de toute hypothèque et autres droits réels que le donataire aurait consentis. Que faut-il décider si le donateur n'inscrit pas la demande? Notre loi hypothécaire répond à la question; l'article 4 porte : « Si la demande n'a pas été inscrite, le jugement de révocation n'aura d'effet, vis-à-vis des tiers, qu'à partir du jour où il aura été inscrit. » Nous reviendrons sur cette disposition au titre des *Hypothèques* qui est le siége de la matière. C'est aussi là que nous examinerons les difficultés auxquelles donne lieu le mode de publicité que la loi hypothécaire a emprunté au code Napoléon.

41. L'inscription prescrite par l'article 958 ne concerne que les immeubles; elle suppose que la donation a dû être transcrite; or, il n'y a que les donations immobilières qui soient sujettes à la transcription. Il suit de là que l'inscription de la demande n'a aucun effet quant aux meubles. Pour les meubles corporels, cela ne fait pas de doute; le donateur en reste propriétaire jusqu'au moment où la révocation est prononcée par le jugement. Mais le jugement ne rétroagit-il pas au jour de la demande? On l'admettait dans l'ancien droit; les choses données, dit Pothier, deviennent litigieuses à partir de la demande, et par suite le défendeur n'en peut plus disposer au préjudice du demandeur (1). Ce principe est aussi celui du droit moderne. Les auteurs du code l'avaient appliqué à la révocation pour cause d'ingratitude. D'après le projet, les effets de la révocation remontaient au jour de la demande; cette disposition a été modifiée, sur la proposition du Tribunat, en ce qui concerne les immeubles (2). Si la publicité n'a pas été étendue aux donations mobilières, c'est qu'elle n'intéressait pas les tiers acquéreurs de bonne foi; ils sont protégés par la maxime qu'en fait de meubles, la

(1) Pothier, *Des donations entre-vifs*, n°s 201 et 202.
(2) Observations du Tribunat, n° 39 (Locré, t. V, p. 296).

possession vaut titre. De sorte que la rétroactivité du jugement ne profite guère au donateur. Il est vrai que le donataire cesse d'être propriétaire à partir de la demande, mais s'il aliène, le possesseur de bonne foi sera à l'abri de la revendication, en vertu de l'article 2279. Le principe consacré implicitement par l'article 958 ne recevrait son application que si la chose aliénée n'avait pas été livrée; le donateur pourrait, en ce cas, la saisir entre les mains du donataire (1).

42. Si la chose donnée est une créance, il faut distinguer, d'après notre droit, si elle est ou non garantie par un privilége ou une hypothèque. La cession d'une créance privilégiée ou hypothécaire est régie par l'article 5 de la loi du 16 décembre 1851 qui a pris la place du titre des *Hypothèques*. Le cessionnaire n'en devient propriétaire, à l'égard des tiers, qu'en remplissant les formalités prescrites par notre loi hypothécaire, article 5. Nous expliquerons cette disposition au titre des *Hypothèques*.

Quant à la cession des autres créances, elle reste sous l'empire du code civil. Aux termes de l'article 1690, le cessionnaire n'est saisi, à l'égard des tiers, que par la signification du transport faite au débiteur, ou par l'acceptation que fait le débiteur dans un acte authentique. Le cessionnaire ne peut donc pas invoquer la maxime qu'en fait de meubles, la possession vaut titre. Lorsque le donataire vend la créance donnée postérieurement à la demande en révocation, le donateur peut la revendiquer contre le cessionnaire, si celui-ci n'a point rempli les formalités prescrites par l'article 1690 pour être saisi à l'égard des tiers. A défaut de signification ou d'acceptation, le cédant reste propriétaire de la créance, et par conséquent le donateur peut la saisir entre ses mains. Que faut-il décider si le cessionnaire a fait la signification de la cession au débiteur? Sera-t-il à l'abri de la revendication du donateur? La question est controversée; nous croyons que le cessionnaire ne peut pas opposer sa cession au proprié-

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 112, note 27 du § 708. Mourlon (d'après Valette), t. II, p. 319.

taire qui revendique sa créance contre lui; il est saisi à l'égard des tiers, mais il ne l'est pas à l'égard du propriétaire de la créance. On objecte que le donateur n'est propriétaire qu'en vertu du jugement qui a prononcé la révocation de la donation; que ce jugement est une vraie rétrocession; que partant il ne peut être opposé aux tiers que si le donateur a signifié le jugement au débiteur. L'objection est plus subtile que vraie. Le jugement n'est pas une cession; aucune disposition de la loi n'exige qu'il soit signifié au débiteur pour que le donateur rentre dans la propriété à l'égard des tiers. On reste donc sous l'empire des principes généraux d'après lesquels un propriétaire peut revendiquer sa chose sans qu'on puisse lui opposer l'aliénation consentie par un non-propriétaire (1).

43. D'après ce que nous venons de dire, les droits du donateur peuvent être compromis, quand la donation est mobilière, par les actes de disposition que le donataire ferait depuis la demande en révocation et même après le jugement. Dans notre opinion, le donataire peut même aliéner les immeubles après la citation en conciliation. Le donateur est donc intéressé à prendre les mesures conservatoires de son droit. Il le peut en vertu de l'article 1180 qui permet au créancier conditionnel d'exercer tous les actes conservatoires, et à partir de la demande, le donateur est propriétaire conditionnel. Nous dirons, au titre des *Obligations*, quelles sont ces mesures conservatoires. Le donateur peut invoquer le droit commun; mais c'est dépasser le droit commun que de soutenir, comme on le fait, que le tribunal peut l'autoriser à prendre inscription sur les immeubles du donataire jusqu'à concurrence d'une somme qui serait déterminée par le jugement. Cette inscription tendrait à donner un droit de préférence au donateur à l'égard des créanciers chirographaires; or, il n'y a ni privilége ni hypothèque sans texte; et où est la loi qui donne au juge le droit de créer une

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 112, note 27. En sens contraire, Demolombe, t. XX, p. 655, nº 704, et les auteurs qu'il cite. Il faut y ajouter Valette (d'après Mourlon, t. II, p. 619).

hypothèque ou un privilége à titre de mesure conservatoire (1)?

II. *Effet de la révocation entre les parties.*

44. L'article 958 porte : « Dans le cas de révocation, le donataire sera condamné à restituer la valeur des objets aliénés eu égard au temps de la demande et les fruits à compter du jour de cette demande. » Quel est le principe posé par cet article? On prétend que le donateur est remis, sous la réserve des droits des tiers, au même état que si la donation n'avait pas été faite et que si l'objet donné n'était pas sorti de son patrimoine; ce serait dire qu'entre le donateur et le donataire la donation est résolue rétroactivement (2). Il nous semble que le texte même du code est en opposition avec ce prétendu principe. S'il y avait résolution complète de la donation, à quel titre le donataire gagnerait-il les fruits? Le vrai principe découle de la nature même de la révocation pour ingratitude. La donation n'est pas résolue en vertu d'une condition résolutoire tacite (n° 1); elle est révoquée à titre de peine, et il est contraire à l'essence de la peine qu'elle rétroagisse. Le délit pour lequel le donataire encourt cette peine est un délit moral; or, la morale exige que l'ingratitude ne profite pas à l'ingrat; donc l'ingrat doit restituer au donateur ce qu'il a reçu de lui; et s'il ne peut pas restituer les choses données, il doit l'indemniser.

45. Le jugement révoque la donation. Quels sont les droits qu'il donne au donateur? Si les choses données existent encore, le donateur les reprend dans l'état où elles se trouvent, non détériorées par le fait du donataire ingrat. On ne peut pas dire que le donataire soit en faute lorsqu'il dégrade la chose avant de s'être rendu coupable d'ingratitude, car il était propriétaire irrévocable, et le propriétaire a le droit d'abuser. Pourquoi donc le rend-on responsable des détériorations? Le principe moral sur

(1) Demolombe, t. XX, p. 656, n° 705. En sens contraire, Guilhon, *Des donations*, n° 759, et Coin-Delisle, p. 251, n° 9 de l'article 958.
(2) Demante, t. IV, p. 239, n° 201 *bis* V, suivi par Demolombe, t. XX, p. 659, n° 707.

lequel est fondée la révocation l'exige. Il ne faut pas que l'ingratitude cause un préjudice au donateur.

Faut-il distinguer entre les meubles et les immeubles? En matière de rapport, la loi fait cette distinction; le donataire devient propriétaire des objets mobiliers et en doit la valeur d'après l'état estimatif (art. 868). On a comparé la position du donataire ingrat et celle du donataire sujet à rapport (1). On devrait éviter des comparaisons qui n'ont aucun fondement : y a-t-il la moindre analogie entre une disposition pénale qui enlève au donataire une libéralité dont il s'est montré indigne et le rapport qui a pour objet de rétablir l'égalité entre les héritiers? Tenons-nous au texte de l'article 958 qui ne distingue pas entre les meubles et les immeubles; le principe sur lequel la loi est fondée repousse également cette distinction. Le donataire est propriétaire jusqu'au moment de la demande; son droit est révoqué. Que doit-il restituer? Les objets donnés, dans l'état où ils se trouvent lorsqu'il cesse d'en être le propriétaire.

46. Le donataire ingrat gagne les fruits jusqu'au jour de la demande. Est-ce comme possesseur de bonne foi? Non, certes. Le donataire n'est ni possesseur de bonne foi, ni possesseur de mauvaise foi; il est propriétaire, et à ce titre il a droit aux fruits (art. 547) (2). Au point de vue juridique, cela est très-juste; mais il est difficile de concilier cette disposition avec le principe moral qui domine en cette matière; convient-il que le donataire ingrat profite de la libéralité dont il s'est montré indigne? Ce mot d'*indignité* nous rappelle l'article 729, aux termes duquel l'héritier exclu de la succession pour cause d'indignité est tenu de rendre tous les fruits et revenus dont il a eu la jouissance depuis l'ouverture de la succession. Le motif moral qui a dicté cette disposition s'applique, et même avec plus de force, à l'ingratitude. En effet, le législateur se montre plus sévère pour le donataire que

(1) Coin-Delisle, p. 291, n° 10 de l'article 958. Comparez Demolombe, t. XX, p. 662, n°s 711 et 712.

(2) Toullier, t. III, 1, p. 137, n° 341. Demolombe, t. XX, p. 663, n° 714. En sens contraire, Coin-Delisle, p. 291, n° 10 de l'article 958.

pour l'héritier; pourquoi donc cette indulgence, cette faveur qu'il lui témoigne, en lui attribuant les fruits? La contradiction nous paraît flagrante. Pour l'expliquer, on donne des raisons, les unes plus mauvaises que les autres. Nous croyons inutile d'entrer dans ce débat (1).

47. Le donateur et le donataire doivent se rendre compte des détériorations et des améliorations qui ont diminué ou augmenté la valeur de la chose donnée. Quant à la plus-value résultant des impenses du donataire, le principe de l'indemnité n'est pas douteux; le donateur ne peut pas reprendre ce qu'il n'a pas donné, et l'équité ne permet pas qu'il s'enrichisse aux dépens du donataire, fût-il ingrat. Comment se règle cette indemnité? Faut-il appliquer l'article 555, en distinguant si le donataire est de bonne ou de mauvaise foi? Nous avons dit ailleurs que l'article 555 ne reçoit d'application qu'au cas où le propriétaire revendique sa chose contre un tiers possesseur. Est-ce que l'action du donateur est une revendication? Ce n'est pas davantage une résolution. Il faut donc s'en tenir au principe que le donateur reprend la chose dans l'état où elle se trouve, avec les constructions, sauf à indemniser le donataire de la plus-value dont il profite (2).

Quant aux dégradations commises par le donataire, il doit une indemnité de ce chef au donateur; mais à partir de quel moment? Le principe, tel que nous l'avons posé (nos 44, 45), implique qu'il doit réparer le dommage qu'il cause, à quelque époque que le dommage ait été causé. Ce point est cependant controversé. On prétend que le donataire n'est tenu des détériorations qu'à partir du jour de la demande, parce que jusque-là il est propriétaire. Au point de vue juridique, cela est vrai; mais le principe qui domine en cette matière est un principe moral; il faut donc décider que le donataire ingrat ne peut par son fait nuire au donateur (3)

(1) Demolombe, t. XX, p. 663, n° 713.
(2) Voyez le tome VI de mes *Principes*, p. 354, n° 272. En sens contraire, Coin-Delisle, p. 291, n° 10 de l'article 958. Marcadé, t. III, p. 625, n° II de l'article 958.
(3) Comparez Demolombe, t. XX, p. 660, n° 708. En sens contraire, Aubry et Rau, t. VI, p. 714 et § 708; Coin-Delisle, p. 291, n° 10 de l'article 958.

Le donataire ne répond pas des détériorations fortuites ni par conséquent de la perte fortuite. Si on le considère comme débiteur, il est libéré par la perte de la chose. A vrai dire, le donataire n'est pas débiteur, puisque la donation n'est pas conditionnelle. Il est propriétaire, condamné à restituer la chose donnée, mais il ne peut restituer ce qui n'existe pas. Le donateur n'a pas le droit de se plaindre, car s'il éprouve un préjudice, ce n'est pas par le fait du donataire, c'est par un cas fortuit; or, le cas fortuit frappe le propriétaire, ou celui à qui la chose doit être restituée.

48. Si le donataire a aliéné la chose donnée, il en doit restituer la valeur eu égard au temps de la demande (art. 959). Quel est le motif de cette disposition? Dans l'ancien droit, la question était controversée. Pothier enseignait que le donataire n'était tenu à aucune restitution; il se fondait sur les termes d'une loi romaine et sur le caractère pénal de la révocation : le but de l'action est d'enlever les choses données au donataire; or, on ne peut lui enlever ce qu'il n'a point. Cela est plus subtil que vrai. Le code a préféré l'opinion de Dumoulin, plus morale et, en ce sens, plus juridique, puisqu'il s'agit de la peine infligée à un délit moral (1). Peut-on admettre que le donataire ingrat prive par son fait le donateur de son droit? Quand l'aliénation se fait à titre onéreux, le donataire reçoit l'équivalent de la chose, et il serait de toute iniquité qu'il s'enrichît aux dépens du donateur. Alors même que le donataire aurait aliéné la chose à titre gratuit, le donateur a une action contre lui. C'est l'avis de tous les auteurs, sauf le dissentiment de Zachariæ qui, en ce point, n'a pas été suivi par ses annotateurs. Au point de vue du texte, il n'y a guère de doute. L'article 958 oblige le donataire à restituer, non le *prix*, mais la valeur; donc le principe est que le donateur doit être complétement indemnisé en cas d'aliénation, peu importe que le donataire se soit ou non enrichi de ce qu'il doit restituer. La conséquence est que

(1) Pothier, *Des donations entre-vifs*, n° 202. Coin-Delisle, p. 202, n° 11 de l'article 958.

le donataire doit restituer la valeur de la chose quand il l'a aliénée à titre gratuit. Cela est très-logique si l'on admet comme principe que le donataire ingrat ne peut, par son fait, causer un préjudice au donateur (1).

49. Si le donataire a concédé des droits réels, hypothèques, servitudes, en doit-il indemniser le donateur? L'affirmative est certaine; c'est une conséquence du principe établi par la loi. En effet, tout droit réel est un démembrement de la propriété, donc une aliénation partielle; or, en cas d'aliénation, le donataire doit restituer la valeur totale qu'avait la chose à l'époque de l'aliénation; s'il rend la chose dépréciée par la constitution de droits réels, il doit compte de cette moins-value. Est-ce à dire que le donateur puisse exiger que le donataire dégrève la chose et la lui livre libre de toute charge? Non, car les droits réels ont été consentis par le propriétaire, ils sont et restent valables. S'agit-il d'une hypothèque, le donataire sera tenu de garantir le donateur contre les effets de l'action hypothécaire; s'agit-il de servitudes, il lui en doit l'estimation.

50. L'action que le donateur a contre le donataire peut devenir illusoire si le donataire est insolvable. Il n'a aucune garantie contre cette insolvabilité. En cas d'inexécution des conditions, le donateur a un privilége qui lui assure le payement de sa créance. La loi ne donne aucun privilége au donateur contre le donataire ingrat. Il est donc sur la même ligne que les autres créanciers chirographaires. Le donateur n'a aucun recours contre les tiers détenteurs des biens donnés, parce qu'il n'a ni privilége ni hypothèque.

51. Le donateur doit-il respecter les actes d'administration, tels que les baux consentis par le donataire? Il y a quelque incertitude sur ce point dans la doctrine (2). D'après la théorie du code, le bail est un acte d'administration, quand il ne dépasse pas neuf ans; lorsqu'il est fait à longs termes, il est considéré comme un acte de

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 114, note 31, § 708.
(2) Dalloz, n° 1848; Coin-Delisle, p. 290, n° 3 de l'article 958.

disposition. Le mari administrateur des biens de la femme, l'usufruitier peuvent faire des baux de neuf ans, qui restent obligatoires pour le propriétaire après que leur droit de jouissance ou d'administration a cessé (art. 1429, 595). Faut-il faire ces distinctions pour le donataire? Non, car il est plus qu'administrateur et usufruitier, il est propriétaire; il peut disposer de la chose, et les actes de disposition qu'il fait restent valables à l'égard du donateur. A plus forte raison en doit-il être ainsi des baux. Le donateur ne peut pas se prévaloir de l'article 1743, aux termes duquel l'acquéreur a le droit d'expulser le fermier quand le bail n'a pas de date certaine; car le donataire dont le droit est révoqué n'aliène pas, et par suite on ne peut pas dire que le donateur soit un acquéreur. Faut-il que les baux soient transcrits s'ils dépassent neuf années? La loi hypothécaire belge (art. 1) exige la transcription dans l'intérêt des tiers qui contractent avec le propriétaire. Cette disposition est donc étrangère au donateur; car il ne contracte pas avec le donataire, sauf à lui à contester la date du bail si elle n'est pas certaine. Il pourrait même réclamer une indemnité du donataire si le long bail consenti par celui-ci lui portait préjudice; c'est l'application du principe général qui régit les rapports du donateur et du donataire en cas de révocation des donations.

52. La révocation de la donation est prononcée contre une femme mariée; le mari avait l'usufruit des biens donnés en vertu des conventions matrimoniales. On demande si la révocation de la donation révoquera l'usufruit du mari? La négative nous paraît certaine. Quel est le principe établi par l'article 958? C'est que tous les droits consentis par le donataire sur les biens donnés antérieurement à l'inscription de la demande en révocation sont valables. Or, la jouissance du mari est un droit réel que le donataire a consenti. Dira-t-on que cette jouissance n'est pas un usufruit? Le principe n'en recevrait pas moins son application, puisqu'on l'applique même au bail. La question est cependant controversée. Duranton fait une distinction qui a été suivie par M. Demolombe. Si la do-

nation a été faite à la femme avant son mariage, le mari usufruitier est un tiers et la révocation ne peut lui préjudicier. Mais si la donation est faite depuis le mariage, on décide que le mari ne conservera pas la jouissance des biens donnés, parce qu'il n'a pas pu compter sur ces biens au moment où il a contracté mariage (1). Eh, qu'importe que le mari ait compté ou non sur les biens donnés? La question est de savoir si la femme donataire a eu le droit de lui concéder la jouissance des biens donnés, et si, en vertu de cette concession, il est un tiers dont les droits doivent être respectés par le donataire. Or, cette question n'en est pas une, puisque la loi la décide en faveur de tous tiers. Bien entendu que le donateur pourra réclamer une indemnité contre le donataire pour le préjudice qu'il éprouve par suite de la jouissance qui reste au mari.

§ III. *De la révocation pour survenance d'enfants.*

N° 1. LE PRINCIPE.

53. Aux termes de l'article 960, « toutes donations entre-vifs faites par personnes qui n'avaient point d'enfants ou de descendants actuellement vivants dans le temps de la donation demeureront révoquées de plein droit par la survenance d'un enfant légitime du donateur. » Cette cause de révocation s'introduisit par la jurisprudence, elle fut consacrée par l'ordonnance de 1731 (art. 39). Pothier nous dira les raisons que l'on faisait valoir pour justifier la révocation. « Celui qui, n'ayant pas d'enfants, fait une donation entre-vifs à quelqu'un, ne la fait qu'à cause de la persuasion où il est qu'il n'aura pas d'enfants; s'il prévoyait en avoir, il ne donnerait pas; d'où on a tiré la conséquence que la donation devait être censée contenir en soi une clause tacite et implicite de révocation en cas de survenance d'enfants (2). » Le principe est donc que la donation est révoquée en vertu d'une condition résolutoire

(1) Duranton, t. VIII, p. 644, n° 563; Demolombe, t. XX, p. 654, n° 703 *bis*. En sens contraire, Dalloz, n° 1830.
(2) Pothier, *Des donations entre-vifs*, n° 146.

tacite. Mais cette condition est d'une nature toute spéciale. Une condition tacite est celle qui se fonde sur la volonté présumée des parties contractantes, sauf à elles à manifester une volonté contraire. Cela est si vrai, que la condition résolutoire tacite n'opère pas de plein droit (art. 1184 et 956), elle doit être demandée en justice; tandis que la révocation pour survenance d'enfants opère de plein droit, et on défend au donateur d'y renoncer (art. 965). C'est donc une condition imposée par la loi, plutôt que consentie tacitement par les parties. Quelle est la raison de la singulière faveur dont jouit cette cause de révocation?

54. Déjà dans l'ancien droit, cette cause de révocation a été vivement attaquée. Le projet de code faisait droit à ces critiques; il portait : « La survenance d'enfants n'opérera pas la révocation des donations, sauf la réduction à la quotité disponible. » Au conseil d'Etat, Cambacérès, l'un des consuls, remarqua que l'article proposé était une innovation au droit existant. Treilhard et Tronchet prirent la défense du projet. On prétend, disaient-ils, que le donateur n'aurait pas donné s'il avait prévu qu'il se marierait ou qu'il aurait des enfants. Mais ne voit-on pas tous les jours des mariages d'hommes avancés en âge? Le donateur peut donc prévoir qu'il se mariera; si cette prévoyance ne l'a pas arrêté, pourquoi révoquer un contrat irrévocable de son essence, en se fondant sur une prétendue volonté que l'on présume? Ne suffit-il pas de donner à l'enfant, s'il en survient un, l'action en réduction contre la donation, quand elle entame la réserve? Maleville répondit qu'il ne paraissait pas juste que le donateur, dans son imprévoyance, donnât à des étrangers et se mît par là dans l'impossibilité de donner à ses propres enfants, qui devraient se contenter de la portion des biens que la loi déclare indisponible. On doit tenir compte des regrets si naturels qu'éprouve le père imprévoyant. C'est ce qu'a fait le rédacteur de l'ordonnance de 1731, il va jusqu'à déclarer la donation révoquée, alors même que le donateur aurait formellement renoncé à la révocation. Il faut être père, dit Maleville, pour pouvoir juger de la force

de l'amour paternel. Qu'importe d'ailleurs la prévoyance du père, ou son imprévoyance? C'est en faveur des enfants que la donation est révoquée.

Les motifs que les partisans de l'ordonnance invoquaient étaient des raisons de sentiment, plutôt que des arguments de droit. Treilhard répliqua. Il avouait que la survenance d'enfants inspirerait des regrets au donateur; mais les regrets peuvent être la suite de toute espèce d'actes et ne sauraient devenir un motif d'annuler les contrats. C'est à celui qui est imprévoyant à subir les conséquences de sa légèreté. Cambacérès donna une forme juridique aux raisons que l'on faisait valoir en faveur de la révocation. Est-il présumable qu'un donateur ait voulu préférer un étranger à ses propres enfants? ne doit-il pas être censé avoir modifié sa libéralité par la condition qu'elle serait nulle s'il devenait père? Cette condition s'attache tacitement à toutes les donations (1).

55. Restait à organiser cette cause de révocation. Maintiendrait-on dans toute son étendue l'ancienne jurisprudence? La révocation aurait-elle lieu de plein droit? Donnerait-on trente ans au donateur et à ses héritiers pour agir? Laisserait-on la propriété incertaine pendant une ou deux générations? Telles étaient les questions soulevées par Tronchet. Certes elles méritaient d'être examinées sérieusement. Portalis se contenta de répondre que la révocation étant établie en faveur des enfants, et ces enfants ne pouvant pas eux-mêmes faire valoir leurs droits au moment où ils viendraient à naître, il était nécessaire que la loi veillât pour eux et leur assurât ces bienfaits. Regnaud de Saint-Jean d'Angely répondit, et sa réponse nous paraît décisive : « J'admets que l'on accorde au donateur le droit d'écouter le sentiment de la paternité qu'il ne connaissait pas encore au moment où il disposait. Mais il est juste aussi de le laisser décider lui-même si ce sentiment est plus fort dans son cœur que celui qui l'avait porté à donner. » Cette remarque mettait à néant ce que le consul Cambacérès avait dit de la condition résolutoire

(1) Séance du conseil d'État du 19 ventôse an XI, n° 13 (Locré, t. V, p. 258).

tacite que l'on doit supposer dans toute donation faite par une personne qui n'a point d'enfants. Si c'est l'intention, la volonté du donateur qui révoque la donation, laissez-lui la liberté de manifester ses volontés. Cambacérès mit fin à la discussion en disant que le conseil avait écarté l'article proposé pour revenir au droit établi par l'ordonnance de 1731. Le conseil, consulté, décida qu'il adoptait le droit établi par l'ordonnance.

Il résulte de là un principe d'interprétation très-important. Les dispositions du code civil doivent être interprétées par l'ancien droit, puisque les auteurs du code ont entendu consacrer la révocation pour survenance d'enfants telle qu'elle était formulée par l'ordonnance de 1731. Il reste cependant un motif de douter en ce qui concerne l'esprit de la loi. C'est la survenance d'enfants qui révoque la donation; c'est en faveur des enfants que la révocation est établie. Voilà ce que dirent au conseil d'Etat Maleville, Portalis, Cambacérès, les défenseurs de la tradition romaine, car c'est par une fausse interprétation d'une loi romaine que la révocation s'établit. Tel est aussi l'argument que l'orateur du gouvernement opposait à toutes les objections que l'on adressait au principe traditionnel. Ces considérations, dit-il, ne sauraient l'emporter sur la loi naturelle, qui subordonne toutes les affections à celle qu'un père a pour ses enfants. Mais, chose singulière, les dispositions de la loi sont en contradiction avec l'intention formelle du législateur. La donation est révoquée dans l'intérêt des enfants, et les biens donnés ne deviennent pas la propriété des enfants, ils reviennent au donateur, qui reste maître d'en disposer comme il veut, même au profit d'un tiers. Si l'enfant vient à mourir, fût-ce immédiatement après sa naissance, la donation n'en demeure pas moins révoquée. Les enfants ne profitent qu'indirectement de la révocation; il faut pour cela que le donateur ne dispose pas des biens; il faut que les enfants survivent au donateur, et il faut qu'ils acceptent sa succession. Quel est donc le principe de la loi? la révocation se fait-elle dans l'intérêt du donateur ou dans l'intérêt des enfants? On ne le sait. La contradiction est dans

la loi si on la met en regard des motifs qui l'ont fait porter. Tout ce que l'on peut dire, c'est que la loi suppose que le donateur, rentré dans la propriété des biens donnés, les laissera aux enfants. La révocation repose, en définitive, sur une série de suppositions et de présomptions qui ne s'accordent pas même entre elles (1).

N° 2. LES CONDITIONS.

I. *Il faut que le donateur n'ait pas d'enfants.*

56. L'article 960 dit que la donation est révoquée lorsque le donateur n'avait point d'*enfants* vivants dans le temps de la donation. De là naît une première question. La loi s'exprime au pluriel; en faut-il conclure que la donation faite par une personne qui n'avait qu'un enfant lors de la donation est révoquée s'il survient d'autres enfants au donateur? La même question se présentait sous l'ordonnance que le code n'a fait que reproduire. Pothier la décide négativement. Dans l'usage ordinaire, dit-il, on ne dit pas d'une personne qui a un enfant qu'elle n'a point d'enfants, c'est la règle romaine; on dit qu'une personne a des enfants quand même elle n'en aurait qu'un seul. L'esprit de la loi ne laisse aucun doute; il suffit que le père ait un enfant pour qu'il connaisse les sentiments de la paternité; si donc il donne, on ne peut plus supposer qu'il donne sous condition résolutoire; il donne définitivement (2).

L'article 960 ajoute, ainsi que l'ordonnance : *ou de descendants*. « L'amour allant toujours en descendant, dit Pothier, un grand-père n'a pas une moindre tendresse pour un petit-fils, dans lequel il se voit revivre, que pour ses propres enfants. » La loi met les descendants sur la même ligne que les enfants; il faut donc leur appliquer ce

(1) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 51 (Locré, t. V, p. 328). Comparez Coin-Delisle, p. 298, n° 5 de l'article 960. Aubry et Rau, t. VI, p. 115, note 3, § 709; Mourlon, t. II, p. 327, n° III.

(2) Pothier, *Des donations entre-vifs*, n° 157 et tous les auteurs modernes (Aubry et Rau, t. VI, p. 118, note 16, § 709; Dalloz, n° 1893).

que nous venons de dire des enfants; l'existence d'un seul descendant suffit pour empêcher la révocation.

57. C'était une question avant l'ordonnance de savoir si la donation faite par celui qui n'avait pas d'enfants, mais qui avait l'espérance d'en avoir par la grossesse de sa femme, connue du donateur, était sujette à la révocation pour survenance d'enfants. L'ordonnance, et le code à sa suite (art. 961), la décident en faveur de la révocation. Pothier a raison de dire qu'en principe on devrait décider le contraire. On ne peut pas dire que le donateur donne parce qu'il compte ne pas avoir d'enfants, et qu'il n'aurait pas donné s'il avait prévu qu'il en aurait, puisqu'il sait qu'il aura un enfant. Furgole nous dira les raisons qui ont fait consacrer l'opinion contraire; nous les transcrivons pour montrer jusqu'où l'on pousse la subtilité pour arriver à la révocation d'une libéralité qui devrait être irrévocable. « La tendresse paternelle ne se consomme véritablement dans le cœur d'un père qu'après la naissance de ses enfants; tandis que le posthume est encore dans le sein, le père peut bien à la vérité être chatouillé par l'espérance d'avoir un enfant; c'est un plaisir dont il se nourrit à l'avance; mais il ne peut ressentir qu'une affection imparfaite qui se développe et jette de profondes racines au moment de la naissance, et qui croît et se perfectionne avec le temps (1). » C'est de la rhétorique que tout cela! La question est de savoir si l'on peut admettre que celui-là qui a un enfant conçu donne sous la condition résolutoire de la survenance d'enfants. Tout jurisconsulte répondra avec Pothier : Non.

58. Pour que les enfants existant lors de la donation empêchent la révocation, il faut qu'ils soient légitimes ou légitimés. On interprétait ainsi l'ordonnance dont l'article 960 reproduit les termes. « Il n'y a que les enfants légitimes, dit Pothier, qui soient regardés comme enfants et appelés aux biens de leurs pères. C'est pourquoi la donation n'en sera pas moins sujette à la révocation pour survenance d'enfants, quoique le donateur eût des bâtards

(1) Pothier, *Des donations entre-vifs*, n° 159. Furgole, sur l'article 40 de l'ordonnance de 1731 (*Œuvres*, t. V, p. 326 et suiv.).

lors de la donation. » Faut-il suivre cette opinion sous l'empire du code? La question est controversée. On pourrait croire qu'elle est tranchée par le principe d'interprétation que nous avons emprunté à la discussion du conseil d'Etat (n° 55). Puisque le code ne fait que reproduire l'ordonnance, il faut l'interpréter d'après l'ancien droit. Toutefois les paroles mêmes de Pothier laissent un doute : si, malgré l'existence d'un bâtard, la donation est révoquée, c'est, dit-il, parce qu'il ne vient pas aux biens. On ne peut plus dire la même chose aujourd'hui, puisque l'enfant naturel succède à son père. Il faut donc voir si le texte et l'esprit de la loi sont ou non en harmonie avec la tradition.

Nous croyons que le texte ne parle que des enfants légitimes, ce qui est décisif. La loi n'emploie pas le mot d'*enfants* isolément; elle ajoute *ou de descendants;* or, il n'y a point de descendants naturels, donc le texte ne reçoit d'application qu'à la descendance légitime. Quant à l'esprit de la loi, il est très-chanceux de l'invoquer, puisqu'on ne sait pas même si la révocation se fait en faveur du donateur ou en faveur de l'enfant. Ce qui est certain, c'est que la donation est censée faite sous condition résolutoire, en ce sens que celui qui donne n'ayant point d'enfants est censé stipuler la résolution s'il lui survient des enfants. La question est donc celle-ci : Peut-on admettre que celui qui a un enfant naturel stipule la résolution de la donation s'il lui survient un enfant légitime? On le nie, en disant que le père a pour l'enfant naturel la même affection que pour l'enfant légitime. Nous pourrions répondre que ce n'est pas une question d'affection ; et en supposant que le législateur ait tenu compte de l'affection du père, il serait contraire à l'esprit de la loi de mettre sur la même ligne l'amour du père pour ses enfants naturels et l'amour qu'il a pour ses enfants légitimes. Il ne faut pas oublier qu'il s'agit, dans toute cette matière, non de l'intention réelle du donateur, mais de la volonté que le législateur lui suppose; car c'est le législateur qui veut la résolution, et il la veut malgré le donateur. Or, la loi peut-elle présumer que le père ait pour l'enfant naturel la

même affection que pour l'enfant légitime? Qu'il en soit ainsi en fait, peu importe ; le législateur ne peut pas le supposer, donc il ne peut pas mettre l'enfant naturel sur la même ligne que l'enfant légitime ; or, ce serait les égaler que de dire que l'enfant naturel empêche la révocation aussi bien que l'enfant légitime. Cela nous paraît décisif; car, nous le répétons, c'est moins la volonté du père qui révoque que la volonté de la loi ; la loi présume une condition résolutoire tacite, et elle doit la présumer, malgré l'existence d'un enfant naturel. Il y a un arrêt en ce sens, et telle est aussi l'opinion de la plupart des auteurs (1).

59. Que faut-il décider si la donation est faite à l'enfant naturel et qu'il survienne ensuite au donateur un enfant légitime? Cette question est vivement controversée ; il nous semble que la circonstance que l'enfant naturel est donataire ne change rien aux principes que nous venons d'établir. La loi ne considère pas qui est donataire, elle considère uniquement s'il y a un enfant légitime au moment de la donation ; dès qu'il n'y en a pas, la donation est révoquée.

Il y a un arrêt de la cour de cassation en sens contraire. La cour commence par rappeler que le code civil, tout en plaçant l'enfant naturel dans une situation inférieure à celle de l'enfant légitime, lui confère un état légal et lui attribue des droits à la succession de ses père et mère qui l'ont reconnu. Elle en conclut que la donation faite par un père à son enfant naturel, en le mariant, constitue une anticipation sur les droits futurs de l'enfant, c'est-à-dire un avancement d'hoirie ; d'où suit que l'enfant a le droit de conserver ce don pendant la vie de son père, à charge de l'imputer sur la part qui doit lui revenir sur la succession de ce dernier. Cela est vrai, mais qu'est-ce que cela a de commun avec la révocation de la donation

(1) Douai, 7 juin 1850 (Dalloz, 1850, 2, 160). Aubry et Rau, t. VI, p. 118 et note 17 et les autorités qui y sont citées, pour et contre. Il faut ajouter Duvergier sur Toullier, t. III, 1, p. 173, note *a;* Valette, d'après Mourlon, t. II, p. 328 ; Demolombe, t. XX, p. 678, n° 729. Et pour l'opinion contraire, Troplong, t. I, p. 447, n° 1381.

pour survenance d'enfants? On pourrait faire le même raisonnement pour tout successible d'un donateur n'ayant pas d'enfant au moment de la donation ; en conclura-t-on que tout donataire successible peut retenir la libéralité qui lui a été faite? Oui, s'il ne survient pas d'enfant légitime ; non, s'il en survient un.

La cour de cassation ajoute que la donation faite par un père à son enfant naturel est, en outre, l'acquit d'une obligation naturelle du père, et qu'envisagée sous ce dernier aspect, elle ne se trouve pas sous le coup de la révocation prononcée par l'article 960. Il y a une double réponse à faire à cet argument : d'abord est-il vrai que le père ait l'obligation naturelle de doter son enfant? Nous verrons ailleurs que la théorie des dettes naturelles est une des plus obscures de notre droit ; de sorte qu'il n'y a rien de certain sur le point de savoir si le père a l'obligation naturelle de doter l'enfant naturel. En supposant que ce soit une dette naturelle, il en résulterait que le père qui dote l'enfant, lui fait une libéralité qu'il n'était pas tenu de lui faire, en ce sens que l'enfant n'a aucune action contre lui. Or, une libéralité pareille est une donation, et toute donation est sujette à révocation pour survenance d'enfant (1).

60. Les questions que nous venons de discuter pour l'enfant naturel se présentent aussi pour l'enfant adoptif, sauf que, pour ce dernier, il n'y a guère de doute possible. La filiation adoptive est une filiation fictive ; jamais le mot d'*enfant*, dans le langage de la loi, ne comprend les adoptés ; c'est à peine si la loi leur donne le nom d'*enfants adoptifs*. Bien moins encore le mot *descendants* peut-il s'appliquer aux enfants de l'adopté, puisqu'il n'y a aucun lien de parenté entre ceux-ci et l'adoptant. Dès que le texte de l'article 960 n'est pas applicable, la question est décidée. Quant à l'esprit de la loi, on ne peut pas admettre que celui qui adopte et qui donne à l'enfant adoptif songe

(1) Rejet, 10 juillet 1844 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 1899). Dans le même sens, Aubry et Rau, t. VI, p. 120, note 18, et les auteurs qu'ils citent. En sens contraire, Duvergier sur Toullier, t. III, 1, p. 173, note *a* ; Demolombe, t. XX, p. 681, n° 731.

qu'il pourra avoir un enfant légitime; s'il avait eu cet espoir, il n'aurait pas fait l'adoption, puisque la paternité fictive n'a été imaginée que pour consoler celui à qui la nature a refusé des enfants. C'est l'opinion générale, sauf le dissentiment de Zachariæ et de Marcadé; nous croyons inutile d'y insister (1).

II. *Survenance d'un enfant légitime.*

61. Toutes donations, dit l'article 960, sont révoquées par la survenance d'un enfant légitime du donateur. Il faut ajouter que l'enfant doit naître viable; dans la théorie du code civil, l'enfant qui ne naît pas viable est considéré comme n'ayant jamais existé (art. 725, 314). Il suffit que l'enfant naisse viable, quand même il mourrait peu de temps après sa naissance, pour que la donation soit révoquée. Cela a été jugé ainsi (2), et cela ne fait aucun doute. C'est une des anomalies qui abondent dans cette matière, preuve qu'il s'agit d'un droit purement arbitraire; c'est la raison pour laquelle nous laissons de côté plus d'une question que les auteurs discutent et que la pratique ignore.

62. La révocation pour survenance d'enfants favorise la fraude. Il est arrivé plus d'une fois qu'un donateur, qui se repentait d'avoir donné, se mariait en haine du donataire, et quand la nature lui refusait des enfants, on avait recours à une supposition de part. Le donataire, cela va sans dire, est admis à prouver la fraude, et les tribunaux la déjouent en flétrissant ces ignobles spéculateurs (3). Il y a d'autres fraudes que les tribunaux ne peuvent pas déjouer, parce que le mari seul a l'action en désaveu. Nous laissons là ces honteuses pratiques de la cupidité. Les abus ne prouvent rien contre la loi quand elle est juste : de quoi les mauvaises passions n'abusent-elles pas? Nous croyons que, dans l'espèce, le droit même est un abus.

63. La survenance d'un petit-enfant ferait-elle révo-

(1) Dalloz, n° 1900; Demolombe, t. XX, p. 684, n° 633; Aubry et Rau, t. VI, p. 120, note 19.
(2) Bordeaux, 6 février 1830 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 97, 2°).
(3) Bordeaux, 8 juillet 1847 (Dalloz, 1848, 2, 41).

quer la donation? Il y a un léger motif de douter. En exigeant que le donateur n'ait point d'*enfants* lors de la donation, l'article 960 ajoute *ou de descendants*, tandis qu'en parlant de la survenance d'un *enfant légitime*, la loi n'ajoute pas ou d'*un descendant*. Pothier répond que le mot d'*enfants* comprend les petits-enfants, lorsqu'il y a entière parité de raison de décider à l'égard des petits-enfants. Or, il en est ainsi dans l'espèce. L'article 960 est fondé sur l'affection que l'on a pour ses enfants, et celle que nous avons pour nos petits-enfants étant la même et souvent plus grande que celle que nous avons pour nos propres enfants, il s'ensuit que la révocation doit avoir lieu s'il survient un petit-enfant au donateur. On demandera comment il se peut qu'il naisse un petit-enfant à celui qui n'a point d'enfants. Il faut supposer que le donateur a eu un enfant qui est prédécédé; au moment où il donne, il n'a donc pas d'enfant actuellement vivant; donc la donation est sujette à révocation. Il faut supposer encore que l'enfant prédécédé était marié et laisse sa femme enceinte; la donation sera révoquée si le petit-enfant conçu vient à naître viable (1).

64. L'article 960 dit que la donation est révoquée par la survenance d'un enfant, même posthume. Avant l'ordonnance de 1731, la question était controversée. Il y avait une raison de douter, c'est que le donateur ne peut pas acquérir après sa mort le droit de révoquer sa donation. L'ordonnance et à sa suite le code civil se sont prononcés pour l'affirmative. Pothier nous en dit la raison. Dans les contrats, les conditions ont un effet rétroactif au jour où ils ont été faits; or, il y a dans toute donation faite par celui qui n'a pas d'enfants cette condition tacite que la survenance d'enfants révoquera la libéralité; si la condition se réalise, elle rétroagit et résout le contrat, comme s'il n'avait jamais existé. C'est donc le donateur qui en profite, en ce sens qu'il transmet les biens donnés à l'enfant qui lui est survenu (2).

(1) Pothier, *Des donations entre-vifs*, n° 163, et la note de Bugnet.
(2) Pothier, *Des donations entre-vifs*, n° 164.

65. Aux termes de l'article 960, la légitimation d'un enfant naturel par mariage subséquent révoque la donation, si l'enfant est né depuis la donation. Il ne suffit pas qu'il survienne un enfant naturel au donateur, quand même il le reconnaîtrait, pour que la donation soit révoquée; c'eût été supposer que la donation est faite sous la condition qu'elle sera résolue si le donateur contracte des liaisons immorales et donne le jour à un enfant illégitime. Une pareille condition ne pourrait certes pas être stipulée, puisqu'elle serait contraire aux bonnes mœurs; par la même raison, le législateur ne pouvait pas la sous-entendre. Mais si l'enfant naturel qui survient au donateur est légitimé, la tache de sa naissance est effacée, le donateur a réparé sa faute; la morale ne s'oppose plus à ce que l'enfant légitimé révoque la donation; et le droit l'exige, puisque l'enfant légitimé est assimilé en tout à l'enfant légitime.

Le droit semblait exiger aussi que la légitimation de l'enfant naturel né avant la donation révoquât la libéralité. D'après le projet de code civil, il en était ainsi, et telle était aussi l'ancienne jurisprudence; la légitimation était assimilée à la naissance, ce qui est très-juridique. C'est le Tribunat qui proposa cette condition, en la motivant en ces termes : « La naissance de l'enfant légitime ne donnant lieu à la révocation qu'autant qu'il naît après la donation, il paraît impossible de donner plus de faveur à l'enfant naturel qui dans la suite est légitimé (1). » On a dit que l'exactitude de cette observation est très-contestable (2). Au point de vue juridique, oui. Mais il faut toujours, en cette matière, tenir compte de l'élément moral. Si le donateur avait un enfant naturel au moment de la donation, le législateur peut-il supposer que l'affection qu'il a pour cet enfant né du désordre est telle, qu'il fasse la libéralité sous la condition que la donation sera résolue s'il vient à légitimer l'enfant? Le législateur, par respect pour le mariage, ne pouvait pas faire une supposi-

(1) Observations du Tribunat, n° 40 (Locré, t. V, p. 296).
(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 124, note 26, § 709. Comparez Coin-Delisle, p. 308, n° 35 de l'article 960.

tion pareille. On ajoute que l'irrévocabilité des donations s'oppose à ce qu'il approuve la condition de la légitimation future de l'enfant naturel; en effet, ce serait se réserver de révoquer la donation en se mariant; or, le mariage est une condition potestative, ce qui ferait dépendre la résolution de la donation de la volonté du donateur. Cette considération n'a de valeur que dans l'opinion qui considère la condition de se marier comme potestative en matière de donations.

66. L'adoption emporte-t-elle révocation des donations antérieurement faites par l'adoptant qui n'avait, lors de la donation, ni enfants ni descendants actuellement vivants? Cette question est une de celles que Marcadé a résolues contre l'avis unanime des auteurs. La cour de cassation est venue ajouter le poids de son autorité à l'opinion générale; on peut donc hardiment ranger la doctrine singulière de Marcadé parmi les nombreuses erreurs qu'il a soutenues et qui ont passé quelque temps pour des idées neuves et originales. Le texte et l'esprit de la loi ne laissent aucun doute. Il faut la survenance d'un enfant légitime, dit l'article 960; et il ajoute, même d'un posthume. Y a-t-il par hasard des enfants adoptifs posthumes? Les termes de la loi impliquent une filiation véritable et excluent une filiation fictive. Vainement dit-on que l'adoption assimile l'adopté à l'enfant légitime. Cela n'est pas exact; l'adoption ne crée pas une famille nouvelle; ce système a été soutenu au sein du conseil d'Etat par le premier consul, mais le conseil a refusé de suivre Napoléon dans une voie contre nature. Le seul effet de l'adoption est de donner à l'adopté les mêmes droits de succession qu'à l'enfant légitime; est-ce que dans l'article 960 il s'agit d'un droit de succession? et peut-on étendre à une matière toute spéciale ce que la loi dit du droit héréditaire? Si l'on consulte l'esprit de la loi, il ne reste plus l'ombre d'un doute. La loi suppose que le donateur n'aurait pas donné s'il avait prévu qu'il aurait le bonheur d'être père? Celui qui donne dira-t-il qu'il a donné sous la condition que la donation serait résolue, s'il avait le bonheur d'adopter? Cela n'a pas de sens, et il ne vaut vraiment

pas la peine de démontrer ce qui est clair comme le jour (1).

N° 3. QUELLES DONATIONS SONT SUJETTES A RÉVOCATION POUR SURVENANCE D'ENFANTS?

I. *La règle.*

67. *Toutes* donations entre-vifs, dit l'article 960, sont révoquées par la survenance d'enfants. La loi fait deux exceptions qui confirment la règle. La règle est donc, comme le dit Furgole, que tout ce qui peut être considéré comme donation entre-vifs et qui n'est pas dans les termes d'une convention réciproque et onéreuse, est sujet à la révocation pour survenance d'enfants (2). Il faut naturellement qu'il y ait libéralité et que la libéralité constitue une donation entre-vifs. Si, sous le nom de donation, les parties font une convention onéreuse, il va de soi qu'elle ne tombe pas sous l'application de l'article 960. Le principe résulte du texte de la loi, et la cour de cassation l'a consacré. « Quelque généraux que soient les termes de l'article 960, il est certain qu'il n'a eu en vue que les libéralités, et que si le juge du fait décide qu'un acte qualifié donation n'est pas un acte de libéralité, mais un contrat commutatif, c'est avec raison qu'il refuse d'en prononcer la révocation pour cause de survenance d'enfants (3). »

68. L'application du principe ne souffre aucune difficulté quand le contrat est commutatif de sa nature. Il en peut résulter des avantages pour l'une des parties contractantes; mais si le contrat est réel, s'il ne contient pas une donation déguisée sous forme d'un contrat onéreux, ces avantages ne sont pas des libéralités, et par suite elles ne peuvent être révoquées pour survenance d'enfants. On a demandé la révocation, pour cette cause,

(1) Rejet, 2 février 1862 (Dalloz, 1862, 1, 33). Les autorités sont citées en note.
(2) Furgole, sur l'article 39 de l'ordonnance de 1731 (t. V, p. 313).
(3) Rejet, 24 mai 1836 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 1867, 2°).

d'avantages que l'on prétendait résulter du partage d'une succession. Il s'agissait d'un partage verbal, et il n'était pas contesté que ce ne fût un partage véritable. Alors même, dit l'arrêt, que l'une des parties aurait trouvé un avantage quelconque dans le lot qui lui était attribué, rien n'attestait que l'intention d'aucun des autres contractants eût été d'exercer aucune libéralité à son égard; or, peut-il y avoir une donation sans intention de donner? Tout ce qui pouvait en résulter, c'est une lésion et une action en rescision, si l'un des copartageants était lésé de plus du quart (1).

69. D'ordinaire, comme le dit la cour de cassation, la question de savoir si un acte est onéreux ou gratuit ne présente qu'une difficulté de fait. C'est au juge à apprécier les actes qui lui sont soumis et les circonstances de la cause (2). Voici une espèce singulière qui a été jugée par la cour de Bruxelles. Par acte authentique passé à Lille, le comte de... constitue au profit d'une demoiselle, artiste au théâtre de Bruxelles, une rente viagère de 2,400 francs. Il était stipulé que la donataire ne pourrait plus paraître sur aucun théâtre et que, si elle reparaissait sur la scène, ladite rente demeurerait éteinte de plein droit. Cette donation fut d'abord attaquée pour défaut de cause; le donateur succomba, les donations n'ont pas besoin d'une autre cause que l'intention de faire un acte de bienfaisance; or, l'intention de donner, dans l'espèce, n'était pas douteuse. Le donateur s'étant marié, un enfant lui survint. Il demanda la révocation de ce chef et soutint que la constitution de rente était un acte purement gratuit, puisque lui, donateur, n'avait reçu aucun équivalent appréciable en argent. La cour de Bruxelles rejeta ces prétentions. La constitution de rente n'était pas pure et simple; elle imposait une obligation à la donataire, puisqu'elle devait renoncer, et elle renonça effecti-

(1) Douai, 22 juin 1853, et Rejet, 21 mars 1854 (Dalloz, 1854, 1, 379).

(2) Rejet, 25 juin 1834 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 1878). — Il a été jugé que la transaction par laquelle des légataires, interprétant un testament ambigu, lui attribuent un sens favorable à l'un d'eux, ne constitue pas une donation, et n'est pas révocable pour cause de survenance d'enfants. Lyon, 7 avril 1870 (Dalloz, 1871, 2, 187).

vement à une carrière lucrative qui lui procurait des moyens de subsistance. A son égard donc l'acte n'était pas une pure libéralité, il faut dire plutôt que ce n'était pas une libéralité; la donataire échangeait les bénéfices du théâtre contre une rente. Partant le contrat était onéreux, ce qui rendait l'article 960 inapplicable (1).

70. La question de savoir si un contrat est une donation ou une convention onéreuse n'est pas toujours une question de fait; elle donne lieu à des difficultés de droit très-délicates que nous avons examinées ailleurs (2). Ici nous n'avons qu'à appliquer les principes que nous avons posés. La jurisprudence admet que ce qui a été payé en vertu d'une obligation naturelle n'est pas une donation, de sorte qu'il n'y aurait pas lieu à révocation pour survenance d'enfants. Un héritier délivre les choses léguées dans un projet de testament; il déclare formellement qu'il fait cet abandon pour exécuter les dernières volontés de son auteur. Il a été jugé que cet acte n'etait pas une donation, que c'était l'exécution volontaire d'une obligation naturelle et d'honneur; ce qui excluait l'application de l'article 960 (3). Nous avons enseigné l'opinion contraire (4), quant au principe; à notre avis, il y a donation, par conséquent il faut appliquer l'article 960.

La même question s'est présentée devant la cour de Bruxelles; la décision que cette cour a portée prouve combien la doctrine que nous combattons est arbitraire et dangereuse. Des maîtres font don à leur servante, qui les a servis pendant quarante ans, d'une pension viagère de 250 florins. On demande la révocation de cette donation pour cause de survenance d'enfants. Pour l'honneur des maîtres, nous aimons à constater que la pension fut constituée par la fille après la mort de ses père et mère. La jeune fille se maria, un enfant naquit de son union; puis elle mourut. Le mari veuf se remaria, et c'est au nom de l'enfant mineur du premier lit qu'il demanda la révocation. La

(1) Bruxelles, 7 janvier 1835 (*Pasicrisie*, 1835, 2, 5).
(2) Voyez le tome XII de mes *Principes*, p. 412, nos 333-342.
(3) Jugement du tribunal de Belloy, du 3 février 1856 (Dalloz, 1856, 3, 21).
(4) Voyez le tome XII de mes *Principes*, p. 436, nos 355 et suiv.

honte de la demande retombe tout entière sur lui. La cour de Bruxelles jugea, comme jugent souvent les magistrats, sous l'influence des faits. Certes si une dette d'honneur était une obligation naturelle et si les obligations naturelles ne sont pas révoquées pour survenance d'enfant, ce principe devait recevoir son application à la dette d'honneur et de reconnaissance que des maîtres riches contractent envers une servante septuagénaire qui les a servis pendant quarante ans. La cour de Bruxelles décida que la rente était l'acquittement d'une dette naturelle. L'héritier ne fut pas de cet avis; il se pourvut en cassation; l'arrêt de la cour d'appel a été cassé. Il y avait, en réalité, donation rémunératoire; or, l'article 960 soumet les dons rémunératoires à la révocation pour cause de survenance d'enfants (1). La décision de la cour de cassation est juridique, mais elle témoigne contre la loi qu'elle applique. Dans l'espèce, la donatrice avait constitué la rente peu de temps avant de se marier. Est-ce que celui qui donne au moment où il va se marier ne doit pas penser qu'il aura des enfants? Si néanmoins il donne, peut-on dire de lui qu'il donne sous la condition résolutoire que la libéralité sera résolue s'il a des enfants?

71. Dès qu'il y a libéralité, elle est révocable. Jadis on mettait en doute si une donation modique, eu égard aux facultés du donateur, est sujette à révocation. Certes si l'on consultait l'intention du donateur, il faudrait décider que le don n'est pas révoqué. Mais l'ordonnance et l'article 960 qui la reproduit sont conçus en termes si absolus qu'ils ne permettent aucune distinction : *de quelque valeur que ces donations puissent être,* dit la loi. Pothier donne une raison plausible de cette sévérité. Comment juger si la donation est modique ou si elle doit être regardée comme considérable? Ce serait une source de procès et de décisions arbitraires. Or, l'ordonnance de 1731 et le code ont précisément pour but de donner de la certitude au droit et de prévenir l'arbitraire.

(1) Bruxelles, 16 janvier 1812 et cassation, 30 juin 1815 (*Pasicrisie,* 1815, p. 427, et Dalloz, au mot *Dispositions,* n° 1873.)

Toutefois Pothier admet une exception pour les petits présents de choses mobilières, ce que l'article 852 appelle présents d'usage. L'usage en fait une obligation, d'où suit que ce n'est pas une pure libéralité. On doit donc décider qu'ils ne tombent pas sous l'application de l'article 960. Il ne faut pas rendre la loi ridicule à force de sévérité, ou, si l'on veut, de faveur. C'est l'opinion générale (1).

72. Il y a des donations qui participent des contrats à titre gratuit et des contrats à titre onéreux. Telles sont d'abord les donations que l'on appelle onéreuses ou faites avec charge. Il a été jugé que toute donation suppose une libéralité; que si l'acte ainsi qualifié impose au prétendu donataire des charges qui équivalent à la valeur de l'objet donné, ce n'est plus un acte à titre lucratif, mais un acte à titre onéreux. L'arrêt constate ensuite, en fait, que les charges imposées aux donataires étaient au moins l'équivalent des biens qui leur étaient transmis; d'où suivait qu'on avait mal qualifié l'acte en l'appelant donation; or, le caractère des contrats se détermine, non par la qualification qu'on leur donne, mais par la substance de leurs clauses. L'acte litigieux étant un acte commutatif et à titre onéreux, l'article 960 ne pouvait recevoir d'application (2). Vainement se prévalait-on de ces termes de l'article 960 : « à quelque titre que les donations aient été faites. » Il faut avant tout qu'il y ait donation. La donation onéreuse n'est une libéralité que si la valeur des biens donnés dépasse la charge. Dans ce cas, elle sera révocable pour survenance d'enfants, sauf au donateur à tenir compte au donataire des charges qu'il aura acquittées.

Ces principes reçoivent leur application aux rentes viagères; d'après les articles 1968 et 1969, elles peuvent être constituées à titre gratuit ou à titre onéreux; dans le premier cas, elles sont révocables pour survenance d'enfants; dans le second cas, elles ne peuvent pas être

(1) Pothier, *Des donations entre-vifs*, n° 147. Toullier, t. III, 1, p. 179, n° 311.

(2) Bordeaux, 10 avril 1843 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 473, 2°). Comparez Rejet, 24 mai 1836 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 1867, 2°).

révoquées. On a prétendu qu'en cas de révocation, le donataire devait restituer les arrérages qu'il avait perçus, ces arrérages constituant l'essence du droit. Telle n'est point la théorie du code. D'après l'article 529, les rentes sont qualifiées de droits mobiliers, et l'article 617 considère les arrérages comme des fruits; ce qui décide la question quant au donataire, lequel n'est pas tenu de restituer les fruits par lui perçus (1).

73. L'article 960 dit que toutes donations sont révoquées par la survenance d'un enfant du donateur, *encore qu'elles fussent mutuelles ou rémunératoires*. La loi a voulu trancher toute difficulté, mais elle n'y a guère réussi. Il ne suffisait pas de décider, quant aux donations mutuelles, que chacune des deux libéralités serait révocable, cela n'était pas douteux dès que l'on admet que les dons mutuels sont des libéralités. La vraie difficulté consistait à savoir si, en cas de révocation de l'une des donations, l'autre est aussi révoquée. Nous avons déjà rencontré la question en traitant de la révocation pour cause d'ingratitude, et nous l'avons décidée négativement (2); il nous semble que le même principe doit être appliqué en cas de survenance d'enfant. Il y a cependant des auteurs qui établissent une différence; mais nous en cherchons vainement les raisons. L'une, dit-on, est la condition de l'autre. C'est la théorie de Pothier (3). Il survient un enfant à l'un des donataires, la donation est révoquée; par suite l'autre doit aussi être révoquée, car le donateur ayant donné en considération de la donation qui lui était faite, et cette donation étant révoquée, la cause pour laquelle il avait donné cesse. Le code a-t-il consacré cette opinion? Il nous semble que le contraire résulte du texte même de l'article 960. Dans la doctrine de Pothier, les dons mutuels ne sont plus une libéralité, c'est le contrat innomé *do ut des*, les deux libéralités sont un marché. Donc la loi ne devrait

(1) Rejet, 2 avril 1829 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 1868).
(2) Voyez, plus haut, p. 19, n° 16.
(3) Pothier, *Des donations entre-vifs*, n° 148. Demolombe, t. XX, p. 556, n° 589, et les auteurs en sens divers qu'il cite. Comparez Coin-Delisle, p. 272, n°s 12 et 13 de l'article 960, et Dalloz, n° 1882.

pas les soumettre à la révocation; elle les y soumet néanmoins : c'est-à-dire qu'elle les considère comme des libéralités et qu'elle répudie la théorie de Pothier. Toutefois la question reste douteuse à raison de la tradition.

74. Les difficultés sont tout aussi grandes pour les donations rémunératoires. Coin-Delisle dit qu'il est difficile de concilier la révocation des donations rémunératoires avec l'équité naturelle et que cela fera toujours le tourment des magistrats(1). Ne serait-ce pas que les interprètes veulent être plus sages que le législateur? Nous croyons que les auteurs du code ont eu tort d'étendre la révocation aux dons rémunératoires. C'est l'acquit d'une dette, et les dettes de reconnaissance doivent être payées même par celui qui a des enfants. Mais enfin le législateur en a décidé autrement : pourquoi ne pas s'en tenir à sa décision? Il faut faire pour les donations rémunératoires la même distinction que pour les donations onéreuses. Si les services sont appréciables en argent et que la donation ne dépasse pas la rétribution des services, il n'y a pas de libéralité. Mais dès que la donation dépasse le montant des services, il y a libéralité, donc révocation, sauf au donataire à demander le payement de ses services. A plus forte raison y a-t-il libéralité si les services ne sont pas appréciables. La donation sera révoquée. Cela est inique, mais la loi le veut; elle place les devoirs de la paternité au-dessus de tous les autres devoirs. L'arrêt de la cour de cassation de Bruxelles que nous avons rapporté plus haut (n° 70) est en ce sens.

75. Les donations en faveur de mariage sont les plus favorables des donations; on peut dire qu'elles tiennent à l'ordre public, puisqu'elles favorisent le mariage. Cependant l'article 960 les soumet à la révocation pour survenance d'enfant; nouvelle preuve que le législateur place les devoirs de la paternité au-dessus de toutes les considérations. Il y a même des motifs de droit qui s'opposent à la révocation des donations faites en faveur de mariage.

(1) Coin-Delisle, p. 298, note. Comparez Demolombe, t. XX, p. 702, n[os] 763 et 764.

Furgole les expose, et il y répond très-mal, à notre avis. Les auteurs s'accordaient à dire que les donations qui ont une cause onéreuse ne sont pas considérées comme des libéralités, mais comme un contrat sans nom, *do ut des*; par conséquent elles ne doivent pas être sujettes à révocation. Or, n'y a-t-il pas une cause onéreuse dans les donations faites en faveur du mariage? Le donataire a des charges à supporter; de plus, le conjoint et les enfants y sont intéressés; le plus souvent ces donations sont la cause du mariage, en ce sens qu'il n'aurait pas eu lieu sans les libéralités qui permettent aux époux de subvenir à leurs besoins et d'élever leurs enfants. Voilà bien des motifs qui devraient empêcher la révocation. Que répond Furgole? Que le donateur fait une véritable libéralité, puisqu'il n'y a de sa part aucun engagement, ni aucune obligation capable de faire changer le titre de la donation (1). Il est vrai que la donation en faveur du mariage est une libéralité, mais c'est une libéralité d'une espèce particulière. On peut la comparer à la donation avec charge, quand la charge constitue une libéralité au profit d'un tiers; la charge fait qu'il n'y a pas de donation lorsqu'elle égale la valeur des biens donnés. Il faut dire de nouveau : La loi l'a voulu, bien qu'elle ait eu tort de le vouloir.

76. Les donations indirectes tombent sous l'application de l'article 960, cela n'est pas douteux. Des frères, propriétaires par indivis de bâtiments achetés en commun, conviennent de rester dans l'indivision pendant dix ans, en laissant à leur mère, sa vie durant, un logement gratuit dans ces bâtiments. L'un des frères décède et il lui survient un posthume. Au nom de l'enfant on demande le partage et la révocation de la libéralité faite à la mère. La révocation a été prononcée et la mère expulsée (2). Nouvel exemple de l'iniquité de la loi : dans l'intérêt de la petite-fille, on chasse l'aïeule. N'y a-t-il pas des devoirs envers les ascendants? Et ces devoirs ne vont-ils pas

(1) Furgole, question XI *sur les Donations*, nos 1-6 (t. VI, p. 88).
(2) Rennes, 18 août 1836 (Dalloz, au mot *Dispositions*, no 1870).

avant la faveur pécuniaire que le législateur accorde à tout prix aux enfants?

La remise gratuite d'une dette est-elle sujette à révocation? On s'étonne de voir une pareille question controversée. Il y a des auteurs qui enseignent que si la libération résulte de la remise volontaire du titre original sous seing privé ou de la grosse, il n'y a pas lieu d'appliquer l'article 960 (1). Cette opinion est contraire au texte formel de la loi qui soumet *toutes* donations à la révocation, sans distinguer comment elles se font. Il y a des difficultés de preuve, dit-on. Eh, qu'importe? est-ce que des difficultés de preuve autorisent l'interprète à faire exception à une règle absolue?

Les renonciations donnent lieu à des difficultés sérieuses; nous les avons examinées plus haut (2). Lorsque la renonciation est une vraie libéralité, il n'y a pas de doute, l'article 960 est applicable : telle est la renonciation gratuite à un usufruit (3). Les auteurs citent tous comme exemple la renonciation que Dumoulin, l'illustre jurisconsulte, fit à tous ses droits successifs, tant paternels que maternels, en faveur de son frère, dans le contrat de mariage de celui-ci; la donation fut déclarée révoquée sur la plaidoirie de maître Dumoulin (4).

77. Que les donations déguisées soient sujettes à révocation, cela est si évident que l'on ne devrait pas agiter la question. On a fait devant les tribunaux les objections les plus singulières. Si les parties, dit-on, ont choisi la forme d'un contrat onéreux, c'est qu'elles ont voulu soustraire la libéralité à la révocation en la soumettant aux règles qui régissent les conventions onéreuses. L'objection n'a pas de sens; il ne dépend pas des parties de rendre une donation irrévocable malgré la survenance d'enfant, et il ne dépend pas davantage d'elles de faire qu'un contrat à titre gratuit soit régi par les principes

(1) Toullier, suivi par Poujol, Zachariæ et Coin-Delisle. Voyez la réfutation de leur opinion dans Duvergier sur Toullier, t. III, 1, p. 180, note; Aubry et Rau, t. VI, p. 115, note 7.
(2) Voyez le tome XII de mes *Principes*, p. 426, n°s 346 et suiv.
(3) Lyon, 7 avril 1870 (Dalloz, 1871, 2, 187).
(4) Demolombe, t. XX, p. 699, n° 758.

établis pour les contrats onéreux (1). On dit encore que le donateur ne peut en aucun cas prétendre qu'il a fait une donation déguisée, puisque ce serait se prévaloir de sa propre turpitude (2). A quoi servent les adages latins!

Il y a, il est vrai, une difficulté de preuve, mais qui n'en est pas une si l'on s'en tient au texte de la loi. On demande comment se fera la preuve du déguisement? D'après le droit commun, puisque la loi n'y déroge pas. Et quel est ce droit commun? C'est que les parties contractantes ne peuvent pas prouver par témoins les faits juridiques dont elles ont pu se procurer une preuve littérale. Or, ne peuvent-elles pas faire une contre-lettre qui constate la simulation? Dans la doctrine consacrée par la jurisprudence, on ne peut pas même dire que les parties font fraude à la loi, puisque c'est un droit pour elles de faire des libéralités sous la forme d'un contrat onéreux. Il a cependant été jugé que les parties contractantes peuvent prouver le déguisement par témoins (3). Nous renvoyons à ce qui a été dit ailleurs (4).

II. *Les exceptions.*

78. Après avoir dit que les donations en faveur de mariage sont révoquées pour survenance d'enfants, l'article 960 ajoute : « par autres que par les ascendants aux conjoints. » On demande comment la loi peut considérer comme exception un cas qui ne rentre pas dans la règle? L'ascendant qui donne à un descendant qui se marie a un enfant actuellement vivant au temps de la donation; or, quand il y a un enfant, la donation n'est pas révoquée pour survenance d'enfant. Donc la disposition est inutile, et cette première exception à la règle n'en est pas une. On a donné bien des explications des mots que nous venons de citer; ce qui prouve qu'il n'y en a pas une qui

(1) Paris, 1er avril 1851 (Dalloz, 1853, 2, 37). Colmar, 7 juillet 1848, et Douai, 7 juin 1850 (Dalloz, 1850, 2, 181 et 160).
(2) Rejet, 6 novembre 1832 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 1923). Comparez les arrêts cités par Dalloz, n° 1875.
(3) Toulouse, 9 janvier 1820 (Dalloz, n° 1877).
(4) Voyez le tome XII de mes *Principes*, p. 408, n° 328.

soit satisfaisante, et il ne saurait y en avoir, puisque d'exception véritable il n'y en a point. Dès lors c'est un débat tout à fait oiseux; nous le laissons de côté (1).

79. L'article 960 établit une seconde exception pour les donations faites en faveur de mariage par les conjoints l'un à l'autre. Il n'y a aucune difficulté quand il naît un enfant du mariage en faveur duquel la donation a été faite; elle n'est pas révoquée, et l'on en conçoit la raison. La révocation se fait dans l'intérêt de l'enfant; or, ici l'enfant n'y a aucun intérêt. Que lui importe qu'il trouve les biens dans la succession du père ou dans celle de la mère? L'article 960 s'applique encore à un autre cas, bien que l'application soit controversée. Il ne naît pas d'enfant du mariage; le mariage est dissous, le donateur se remarie et il lui survient un enfant. On demande si la donation sera révoquée; est-on dans la règle ou dans l'exception? Il a été jugé que l'exception reste applicable. On invoque les termes généraux de l'article : *donation par les conjoints l'un à l'autre*. La loi ne distingue pas; dès lors il n'est pas permis à l'interprète de distinguer. Il y a cependant un motif de douter qui nous fait pencher pour l'opinion contraire. Le texte n'est pas aussi absolu qu'on le prétend; l'article commence par dire que les donations faites en faveur du mariage sont révocables pour survenance d'enfants; puis vient une exception pour les donations faites par un conjoint à l'autre. Voici donc les termes de l'exception : un conjoint fait une libéralité à son conjoint par contrat de mariage et en vue de ce mariage; cette donation n'est pas révoquée si un enfant naît du mariage. Ce qui paraît avoir déterminé la décision du législateur, c'est le motif donné par Pothier. « Il est indifférent aux enfants de trouver les biens donnés dans la succession du donateur ou dans celle du donataire, qui sont également intéressés à les leur conserver. » De là suit que si le donateur se remarie et s'il a des enfants, l'on n'est plus ni dans le texte ni dans l'esprit de la loi; on

(1) Voyez Coin-Delisle, p. 307, n°s 38 et 39 de l'article 960; Demolombe, t. XX, p. 708, n°s 768 et 769.

rentre dans la règle, puisque l'on n'est plus dans l'exception (1). Donc la donation sera révoquée ; c'est une conséquence logique des motifs que Pothier donne de l'exception. Ce qui confirme cette opinion, c'est qu'elle était enseignée dans l'ancien droit par Furgole (2).

80. Il y a une troisième exception dans l'article 1096. Les donations faites entre époux pendant le mariage ne sont point révoquées par la survenance d'enfants. » Cette exception ne rentre pas dans celle que prévoit l'article 960, puisque l'article 960 suppose que les donations sont faites en faveur de mariage ; et on ne peut pas dire qu'une donation faite pendant le mariage a pour objet de favoriser le mariage. D'un autre côté, le motif qui a fait porter l'article 1096 est spécial aux donations entre époux ; elles sont essentiellement révocables ; la loi n'avait donc pas besoin d'en prononcer la révocation.

N° 4. EFFET DE LA RÉVOCATION.

I. *Principe.*

81. L'article 960 établit comme principe que toutes donations *demeureront révoquées de plein droit* par la survenance d'un enfant légitime du donateur. D'après l'article 1183, combiné avec l'article 1184, les contrats sont résolus de plein droit lorsque les parties ont stipulé une condition résolutoire ; c'est en vertu de leur volonté que la résolution s'opère. Ce n'est pas par application de ce principe que la révocation a lieu de plein droit en cas de survenance d'enfants. En effet, il n'y a pas de condition résolutoire expresse ; on ne peut pas même dire qu'il y ait condition tacite ; car la loi ne permet pas au donateur de renoncer à la révocation ; c'est elle qui l'impose, et c'est aussi elle qui veut que la résolution ait lieu de plein droit. La révocation de plein droit est une consé-

(1) Rennes, 5 décembre 1854 (Dalloz, 1855, 2, 344) et Rejet, de la chambre civile, 11 mai 1857 (Dalloz, 1857, 1, 215) ; Demolombe, t. XX, p. 708, n° 772. En sens contraire, les auteurs cités par Dalloz, n° 1833.

(2) Furgole, question 49, *sur les Donations*, n° 4 (t. VI, p. 459). Pothier, *Des donations entre-vifs*, n° 153.

quence du principe que la révocation est légale. Si la loi avait exigé une demande, il aurait pu arriver que le donateur n'agît point; or, la révocation se fait dans l'intérêt des enfants; il fallait donc qu'elle opérât sans la volonté du donateur et, au besoin, malgré lui. Peu importe que la donation ait reçu son exécution, que le donataire soit en possession des biens donnés et que le donateur l'y laisse depuis la survenance de l'enfant, l'article 962 décide, et cela allait de soi, que la donation demeure néanmoins révoquée.

82. Aux termes de l'article 965, « toute clause ou convention par laquelle le donateur aurait renoncé à la révocation de la donation pour survenance d'enfant sera regardée comme nulle et ne pourra produire aucun effet. » Le donateur ne peut renoncer d'avance. Pourquoi? L'article 2220 dit qu'on ne peut d'avance renoncer à la prescription; la raison en est que la prescription est essentiellement d'intérêt général. Mais il est de principe que l'on peut renoncer à ce qui est établi dans un intérêt privé; et la révocation des donations n'est-elle pas d'intérêt privé? On ne sait au juste si la révocation se fait dans l'intérêt du donateur ou dans celui des enfants; le législateur a voulu favoriser les enfants; mais, en réalité, c'est le donateur qui reprend les biens donnés. A son égard, il ne s'agit que d'un intérêt privé; quant aux enfants, on ne peut pas dire qu'ils aient un droit même éventuel aux biens donnés après la révocation, ce n'est qu'une espérance; est-ce que cette espérance constitue, comme on le prétend, un intérêt public (1)? M. Demolombe a raison d'ajouter : « dans une certaine mesure; » mais qu'est-ce que l'intérêt public dans une certaine mesure? Un mot, une phrase! Tout ce que l'on peut dire, c'est que si la loi voulait assurer la révocation, elle devrait prohiber la renonciation, car celle-ci serait devenue de style.

Le donateur peut-il renoncer à la révocation après la naissance de l'enfant? Il est certain que, dans ce cas, il n'y a plus qu'un intérêt privé en cause, celui du donateur,

(1) Demolombe, t. XX, p. 713, n° 777. Comparez Furgole, sur l'article 43 de l'ordonnance de 1731 (t. V, p. 344 et suiv.).

car les biens rentrent dans son domaine, et il en peut disposer. Toutefois la renonciation ne se conçoit pas. On renonce à un droit que l'on peut exercer ou ne pas exercer. Or, la révocation se fait de plein droit, sans aucune manifestation de volonté du donateur. Donc après la survenance de l'enfant, il ne s'agit plus de renoncer au droit de révocation, la donation est révoquée; tout ce que le donateur peut faire, c'est de renoncer à ces biens; mais renoncer à des biens, c'est les donner; il faut donc qu'il en fasse donation, si son intention est de maintenir sa libéralité (art. 964).

83. La loi ajoute que les donations ainsi révoquées ne pourront revivre ou avoir de nouveau leur effet par aucun acte confirmatif. Cela est très-juridique. On confirme un acte nul à raison d'un vice qui l'infecte. La donation, dans l'espèce, n'est pas viciée ; elle n'est pas nulle, elle est révoquée, et la révocation se faisant de plein droit, dès qu'il y a survenance d'enfant, il n'y a plus de donation ; or, fût-elle viciée, on ne conçoit pas la confirmation de ce qui n'existe pas ; le néant ne se confirme point. La confirmation tacite n'est pas plus permise que la confirmation expresse. A vrai dire, il ne peut pas être question de confirmation, puisqu'il n'y a rien à confirmer. Il est vrai que la loi dit que la donation demeurera révoquée lors même que le donataire serait entré en possession des biens donnés et qu'il y aurait été laissé par le donateur depuis la survenance de l'enfant (art. 962). Livrer les biens donnés, ce n'est pas confirmer la donation, puisqu'elle est valable, c'est remplir une obligation qui incombe au donateur. Que si le donateur laisse le donataire en possession depuis la survenance de l'enfant, tout ce qui en résulte, c'est qu'il n'exerce pas son droit de propriété ; si cette inaction dure pendant trente ans, le donataire pourra opposer la prescription. C'est le droit commun, sauf les dérogations que la loi y apporte dans l'article 966 (1).

84. On a demandé si un tiers peut se porter garant

(1) Furgole, sur l'article 43 de l'ordonnance de 1731 (t. V, p. 341). Comparez Dalloz, n° 1920; Demolombe, t. XX, p. 718, n° 786.

envers le donataire pour le cas où la donation serait révoquée. Nous avons examiné la question plus haut (1). Il s'est présenté un cas dans lequel la donation a dû être exécutée malgré la survenance d'enfant. Une donation est faite par le mari et la femme conjointement d'acquêts de la communauté. La jurisprudence admet la validité d'une donation pareille; nous y reviendrons au titre du *Contrat de mariage*. La femme meurt; elle avait fait une institution contractuelle au profit de son mari de tous les biens qu'elle laisserait à son décès. Le mari contracte un nouveau mariage et il lui survient un enfant. Par suite la donation se trouvait révoquée quant à lui. Il a été jugé qu'il devait exécuter la donation du chef de sa femme à titre d'héritier contractuel. On a soutenu que la donation était révoquée pour le tout; cela suppose une indivisibilité qui n'existait pas. Quand le mari et la femme donnent conjointement, chacun dispose de sa part dans les biens donnés. Il y avait donc deux donations. L'une était révoquée pour survenance d'enfant, celle du mari; celle de la femme était devenue irrévocable par son prédécès. Il suit de là que la révocation s'était faite, comme la loi le veut, pour la part du mari donateur; s'il a dû exécuter la donation pour l'autre part, ce n'est pas comme donateur, c'est comme héritier de la donatrice (2).

85. Qui a le droit d'opposer la révocation? La révocation est la résolution d'un contrat. C'est donc celui au profit duquel la donation est révoquée qui a le droit de s'en prévaloir, c'est-à-dire le donateur. Ici l'on voit que la révocation ne se fait pas dans l'intérêt de l'enfant, malgré tout ce qui a été dit au conseil d'Etat. L'enfant n'est pas partie au contrat, il ne peut donc pas profiter de sa résolution. Il n'a droit aux biens donnés que s'il est héritier du donateur et si les biens donnés se trouvent dans l'hérédité. L'enfant pourrait-il revendiquer les biens donnés si le père était mort sans agir? L'affirmative a été jugée (3), et il n'y a pas l'ombre d'un doute. Par suite de

(1) Voyez le tome XII de mes *Principes*, p. 477, n° 395.
(2) Besançon, 25 juin 1866 (Dalloz, 1866, 2, 143).
(3) Rejet, 6 novembre 1832 Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 1923).

la révocation, les biens donnés sont rentrés dans le domaine du donateur; il en transmet la propriété à ses héritiers. L'enfant pourrait revendiquer quand même le père aurait renoncé au droit de révocation, ou confirmé la donation. Cette renonciation ou cette confirmation sont nulles ; ne liant pas le donateur, elles ne peuvent pas lier ses héritiers.

II. *Effet de la révocation entre les parties.*

86. La révocation est une résolution ; or, la condition résolutoire, quand elle s'accomplit, remet les choses au même état que si le contrat n'avait pas existé (art. 1183). L'article 1183 ajoute que le créancier est obligé à restituer ce qu'il a reçu. Ainsi la donation révoquée pour survenance d'enfant est considérée comme n'ayant jamais existé. Le donateur peut donc revendiquer les biens donnés, dont il est censé être resté propriétaire. Est-ce toujours par action en revendication qu'il agit? Il faut distinguer. Contre les tiers détenteurs il n'a que l'action réelle appartenant au propriétaire. Contre le donataire il peut agir en vertu de l'action personnelle qui naît du contrat et de sa résolution. La question n'est pas sans importance pour ce qui regarde la preuve. Celui qui revendique doit prouver sa propriété, preuve souvent très-difficile. Celui qui agit en vertu d'un contrat résolu doit seulement produire le contrat et prouver la résolution par la survenance d'enfant (1).

87. Le donateur étant considéré comme ayant toujours été propriétaire, il s'ensuit qu'il peut disposer des biens donnés, soit au profit du donataire dont le droit est révoqué, soit au profit d'un tiers. Cette dernière conséquence révoltait les adversaires de la révocation, et non sans raison. On dit que la révocation se fait dans l'intérêt des enfants; et le donateur peut disposer des biens donnés. S'il les donne à un tiers, il dépouille l'ancien donataire

(1) Coin-Delisle dit que le donateur agit contre le donataire par voie de revendication (p. 312, n° 46 de l'article 960).

au profit d'un nouveau donataire! Ricard voulait que l'on empêchât le donateur de disposer gratuitement, au profit d'étrangers, de biens qu'il ne recouvre par le bénéfice de la loi que dans l'intérêt des enfants (1). Cela était logique, mais cela était inadmissible; on ne peut pas priver le propriétaire du droit de disposer. Il eût donc fallu prononcer la révocation au profit des enfants, ce qui est peu juridique et aurait donné lieu à de grandes difficultés. Dans une matière fondée sur un principe irrationnel, on aboutit nécessairement à des inconséquences.

88. La révocation ne donne aucun droit aux enfants, alors même que le donateur ne disposerait pas des biens donnés qui lui reviennent. Les enfants dont la naissance a révoqué la donation ne peuvent les réclamer qu'à titre d'héritiers. Que si les enfants viennent à mourir, la donation ne reste pas moins révoquée (art. 964). Dans ce cas, si le donateur ne dispose pas des biens, les collatéraux profiteront de la révocation, qui certes n'a pas été introduite en leur faveur. Ricard et Voet étaient d'avis qu'en cas de mort des enfants, le donateur n'eût pas d'action contre le donataire au cas où il n'aurait pas usé du bénéfice de la révocation durant la vie des enfants (2). Opinion équitable, mais qui ne se concilie point avec le principe que la révocation a lieu de plein droit.

89. Aux termes de l'article 962, le donataire n'est pas tenu de restituer les fruits par lui perçus de quelque nature qu'ils soient, si ce n'est du jour que la naissance de l'enfant ou sa légitimation lui aura été notifiée. Ainsi le donataire gagne les fruits qu'il perçoit jusqu'à cette notification. A quel titre et en vertu de quel principe? On répond que c'est à titre de propriétaire. Comment le donataire ferait-il les fruits siens à titre de propriétaire, alors que son droit de propriété est résolu comme s'il n'avait jamais existé? A cette objection on fait une singulière réponse : la résolution n'opère qu'*en droit*, elle n'opère pas *en fait* (3). Ainsi le donataire serait propriétaire de

(1) Ricard, *Des donations*, IIIe partie, n° 662 (t. I, p. 601).
(2) Ricard, *Des donations*, IIIe partie, n° 633. Voet, XXXIX, 5, 29.
(3) Demolombe, t. XX, p. 724, n° 793.

fait sans l'être de droit! Qu'est-ce donc qu'une propriété de fait? C'est une hérésie juridique. La jouissance à titre de propriétaire n'est autre chose qu'une possession. Il faut donc dire que le donataire gagne les fruits comme possesseur. Mais ici il y a une nouvelle difficulté. Le donataire n'est pas un possesseur de bonne foi, si l'on s'en tient à la définition de la loi (art. 550). Il n'est, en définitive, ni possesseur de bonne foi ni propriétaire, c'est-à-dire qu'il n'a aucun titre légal pour gagner les fruits. Pourquoi donc la loi les lui attribue-t-elle? Il n'y a d'autre motif que l'intention du donateur; il veut gratifier le donataire; la loi révoque la donation, au besoin malgré lui. Mais la donation, au lieu d'être un bienfait, deviendrait une cause de perte, si le donataire devait restituer tous les fruits qu'il a perçus et consommés. Telle n'est certes pas la pensée des parties contractantes. La loi tient compte de leur intention en attribuant les fruits au donataire.

D'après la rigueur du droit, le donataire devrait restituer les fruits du jour de la naissance de l'enfant, puisque la volonté présumée des parties est que dès ce jour il n'ait plus aucun droit sur la chose. La loi, par un motif d'équité, décide que le donataire continuera à jouir des fruits jusqu'au jour où la naissance de l'enfant lui a été notifiée. De sorte que, quant aux fruits, la loi suit un autre principe que pour la propriété; le donataire cesse de plein droit d'être propriétaire du jour de la naissance de l'enfant, quand même le donateur n'agirait pas contre lui; il n'a qu'un moyen de lui transmettre la propriété, c'est de lui faire une nouvelle donation. Tandis que pour les fruits, il dépend de lui d'en laisser la jouissance au donataire; il suffit qu'il ne lui notifie pas la naissance de l'enfant.

L'article 962 veut que la notification se fasse par exploit ou autre acte en bonne forme. Il ne suffit pas que le donataire ait connaissance de la naissance de l'enfant. Le texte est formel et l'esprit de la loi ne laisse aucun doute. Il a cependant été jugé, dans une espèce particulière, que le donataire devait restituer les fruits sans notification. Le donataire était tuteur de l'enfant dont la naissance

avait révoqué la donation. La cour de Nîmes jugea que la notification n'était pas nécessaire, parce que le tuteur de l'enfant ne pouvait pas ignorer le fait qui révoquait la donation. L'arrêt ajoute que, comme tuteur, c'était à lui à faire la notification; il ne pouvait se prévaloir du non-accomplissement d'une formalité qui était à sa charge. Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet fondé sur ce que la cour d'appel avait pu trouver, dans les circonstances de la cause, la preuve que le donataire avait connaissance de la naissance de l'enfant (1). Nous croyons que la décision est juste au fond, mais elle est mal motivée. La connaissance que le donataire a de la naissance de l'enfant ne suffit jamais pour révoquer la donation, il faut une notification authentique, ce qui implique une manifestation de volonté. Dans l'espèce, le donataire, comme tel, continuait à gagner les fruits, mais, comme tuteur, il aurait dû faire la notification; il ne lui était pas permis de s'enrichir aux dépens de celui dont il devait gérer les intérêts; partant il était responsable, il devait indemniser le mineur, et l'indemnité consistait naturellement dans la restitution des fruits.

90. Le donataire doit restituer les fruits à partir de la notification qui lui est faite de la naissance de l'enfant, quand même, dit l'article 962, la demande pour rentrer dans les biens donnés n'aurait été formée que postérieurement à cette notification; la notification tient lieu de demande quant aux fruits. Les arrérages sont assimilés aux fruits; cela résulte de l'article 588 qui les attribue à l'usufruitier, et de l'article 1568 qui applique le même principe au mari usufruitier sous le régime dotal (2). Que faut-il décider des fruits échus avant la notification, mais que le donataire n'a pas perçus? On distingue. Avant la naissance de l'enfant, le donataire gagne les fruits comme propriétaire; peu importe qu'il les perçoive ou non; donc

(1) Nîmes, 15 décembre 1830, et Rejet, 6 novembre 1832 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 1923). Comparez Aubry et Rau, t. VI, p. 126, note 34, et les auteurs qui y sont cités; Demolombe, t. XX, p. 726, n° 797; Coin-Delisle, p. 314, n°s 5 et 6 de l'article 962.

(2) Arrêt du 5 juin 1824, de la cour de la Guadeloupe (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 1868).

s'il ne les a pas perçus, il peut les réclamer contre le donateur (1). Mais s'il s'agit de fruits échus depuis la naissance de l'enfant, il ne les gagne que comme possesseur de bonne foi; il doit donc les percevoir; s'il ne les perçoit pas, il n'a aucune réclamation à faire (2). Cette distinction nous paraît contraire au texte et à l'esprit de la loi. Il n'est pas vrai de dire que le donataire gagne les fruits comme propriétaire, puisqu'il ne l'est pas plus avant qu'après la naissance de l'enfant. Le donataire n'est pas même possesseur de bonne foi, toujours sans distinguer l'époque antérieure et l'époque postérieure à la naissance, si l'on s'en tient, comme on le doit, à la définition légale de la possession de bonne foi. Veut-on avoir égard à la bonne foi de fait, il faut dire que le donataire est de bonne foi tant que le donateur ne lui a pas notifié la naissance de l'enfant. Mais nos lois ignorent la bonne foi de fait quand il s'agit de fruits. Il faut donc laisser là les principes qui attribuent les fruits soit au propriétaire, soit au possesseur de bonne foi et décider la question par le texte et par l'esprit de l'article 962. La loi dit que le donataire ne doit pas restituer les fruits par lui perçus. Cela veut-il dire qu'il doit recueillir les fruits naturels et toucher les fruits civils, intérêts, arrérages ou loyers? Non, certes; la loi est fondée sur la volonté des parties; or, le donateur veut gratifier le donataire; celui-ci a donc droit aux fruits dès qu'ils sont échus; qu'importe qu'il les perçoive ou non?

III. *Effet de la révocation à l'égard des tiers.*

91. L'article 963 porte : « Les biens compris dans la donation révoquée de plein droit rentreront dans le patrimoine du donateur libres de toutes charges et hypothèques du chef du donataire. » C'est l'application du principe qui régit la résolution. Le droit du donataire

(1) Cassation, 8 janvier 1816 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 1933).
(2) Coin-Delisle, p. 314, nos 3 et 4 de l'article 962. Aubry et Rau, t. VI, p. 126, note 32, § 709. Demolombe, t. XX, p. 725, n° 794; Grenoble, 30 avril 1858 (Dalloz, 1858, 2, 164).

étant résolu, les droits par lui concédés à des tiers sont également résolus. L'article 963 n'applique le principe qu'aux droits réels consentis par le donataire; il en serait de même des aliénations qu'il aurait faites à titre onéreux ou à titre gratuit. Cela ne fait aucun doute. On demande si le principe s'applique au cas où la donation est déguisée sous la forme d'un contrat onéreux. La question est controversée. Les éditeurs de Zachariæ hésitent; ils penchent assez, disent-ils, pour la solution négative (1). Il y a, en effet, des doutes sérieux. C'est la jurisprudence qui a consacré la validité des donations déguisées; d'après la rigueur des principes, il faudrait dire qu'elles sont nulles. Si l'on admet qu'elles sont valables, c'est uniquement sous le rapport de la forme; rien n'est changé à la nature ni aux effets de la donation. Elle reste soumise, quoique déguisée, au principe de l'irrévocabilité, ainsi qu'aux dispositions du code qui admettent des exceptions à l'irrévocabilité (2). Cela décide la question. Les donations déguisées sont résolues rétroactivement, donc avec effet contre les tiers. Vainement invoque-t-on la bonne foi des tiers; l'équité, il est vrai, plaide pour eux, mais l'équité permet-elle à l'interprète d'admettre une exception qui n'est pas écrite dans la loi? Le législateur seul a ce droit.

92. L'article 963 ajoute que la révocation des droits consentis à des tiers a lieu « sans qu'ils puissent demeurer affectés, même subsidiairement, à la restitution de la dot de la femme du donataire, de ses reprises et autres conventions matrimoniales; ce qui aura lieu quand même la donation aurait été faite en faveur du mariage du donataire et insérée dans le contrat. » Cette disposition, comme toutes celles qui concernent la révocation pour survenance d'enfant, est empruntée à l'ordonnance de 1731. Avant que l'ordonnance eût tranché la question, elle était controversée. Le parlement de Toulouse s'était prononcé pour l'hypothèque subsidiaire de la dot. Furgole nous fait connaître les raisons de cette jurisprudence.

(1) Aubry et Rau, p. 115, note 4, et les auteurs, en sens divers, qu'ils citent.
(2) Voyez le tome XII de mes *Principes*, p. 400, nos 319 323.

La femme est extrêmement favorable en la répétition de sa dot; dans les pays de droit écrit, on allait jusqu'à lui donner un privilége qui la faisait préférer à tous les créanciers. Lorsque la dot a été constituée en présence du donateur et dans le même acte qui contient la donation, ne doit-on pas supposer que l'intention des parties a été que les biens donnés soient frappés de l'hypothèque légale qui sert de garantie à la femme? L'équité, que l'on invoque pour les enfants, milite avant tout pour la femme, dont l'intérêt d'ailleurs est préférable à celui des autres créanciers qui ont contracté en l'absence du donateur. Ces motifs sont contestables; toujours est-il que le législateur les a trouvés fondés, puisqu'il admet l'hypothèque subsidiaire de la femme lorsque le donateur stipule le droit de retour(1). Pourquoi donne-t-il une hypothèque subsidiaire à la femme lorsque la donation est faite sous condition résolutoire expresse, tandis qu'il la lui refuse lorsqu'elle est faite sous une condition résolutoire imposée par la loi? On chercherait vainement une raison de cette différence; il y a plutôt un argument *à fortiori* en cas de survenance d'enfant. Les motifs que Furgole donne contre l'hypothèque subsidiaire, dans ce dernier cas, pourraient être invoqués à la lettre dans le cas de retour. La donation, dit-il, est faite sous condition résolutoire tacite et légale que la donation sera résolue s'il survient un enfant au donateur; cette condition, lorsqu'elle arrive, détruit la libéralité comme si elle n'avait pas été faite; d'où suit que l'hypothèque légale de la femme ne peut pas porter sur des biens que le mari donataire est censé n'avoir jamais possédés. Ne peut-on pas dire cela, à la lettre, en cas de retour? On dit encore que le consentement du donateur n'est que tacite; qu'il est, à la vérité, censé approuver l'hypothèque tant que la donation subsiste, mais que la donation étant résolue, l'hypothèque doit l'être aussi, comme un accessoire qui suit la nature de son principal. Tout cela est aussi vrai en cas de retour. Notre conclusion est que la disposition de l'article 963 est purement

(1) Voyez le tome XII de mes *Principes*, p. 576, nº 474.

arbitraire, comme tout dans cette matière anomale (1).

93. L'article 963 finit par une dérogation au droit commun. Il refuse l'hypothèque subsidiaire à la femme, quand même le donateur se serait obligé comme caution, par la donation, à l'exécution du contrat de mariage. On suppose que le donateur a consenti expressément une hypothèque sur les biens donnés au cas où ils lui reviendraient, en se portant de plus caution; ou il se porte caution, en consentant une hypothèque sur les biens donnés, comme garantie de son cautionnement. Toutes ces stipulations seraient nulles, soit en vertu de l'article 963, soit en vertu de l'article 965. Nous disons qu'il y a dérogation au droit commun. Furgole établit très-bien que le cautionnement, par lui-même, n'est pas une libéralité; c'est un contrat onéreux, car si la caution est obligée envers le créancier, le débiteur, pour lequel le cautionnement est fait, demeure pareillement obligé envers la caution pour la répétition de ce qu'elle aura payé, tandis que les donations ne produisent aucune action contre le donateur. Pourquoi donc la loi dit-elle que le donateur ne peut se porter caution? La dérogation est si anomale que l'on a essayé d'expliquer l'article 963 en ce sens qu'en cas de cautionnement l'hypothèque légale de la femme n'aurait pas lieu, mais que le cautionnement serait valable. Cette interprétation doit être rejetée, parce qu'elle est contraire à la tradition, ce qui est décisif. L'article 963 reproduit l'ordonnance; or, Pothier dit que l'on considérait l'obligation contractée par le donateur, pour garantir l'exécution du contrat de mariage, comme une donation accessoire, et comme telle, elle était nulle. Il ajoute que si, au moyen de cette obligation, la femme du donataire conservait quelques droits sur la chose donnée à son mari, ce serait de la part du donateur s'interdire indirectement la faculté de révoquer la donation, ce qui serait contraire à l'ordonnance comme au code civil (art. 965) (2). La loi établit donc une présomption de libéralité, dans le cas où

(1) Furgole, Question XI, *sur les Donations*, nos 8 et suiv. (t. VI, p. 89).

(2) Pothier, *Des donations entre-vifs*, no 172, et la note de Bugnet. Furgole, sur l'article 42 de l'ordonnance de 1731 (t. V, p. 338).

le donateur s'oblige comme caution, en faveur de la femme; elle suppose, comme le dit Furgole, qu'il l'a fait dans une intention de libéralité. Furgole en conclut que cette présomption ne doit pas être étendue à toute autre personne qui se serait portée caution des conventions matrimoniales, sans faire de donation dans le même contrat; ce cautionnement, dit-il, ne serait pas révoqué pour cause de survenance d'enfant. Est-ce à dire qu'un tiers pourrait garantir le donataire contre la révocation? C'est une autre question, que nous avons déjà examinée (1).

94. Quel est l'effet de la révocation quant aux fruits perçus par le tiers détenteur? Doit-on le considérer comme possesseur de bonne ou de mauvaise foi, en lui appliquant les articles 549 et 550? La définition de l'article 550 ne reçoit pas d'application à celui qui possède en vertu d'un titre émané du donateur. En effet, le donataire, quoique la donation soit sujette à résolution, est propriétaire, il transmet donc la propriété à l'acquéreur; tandis que l'article 550 suppose que le possesseur n'est pas devenu propriétaire à raison d'un vice qui infecte son titre. En faut-il conclure que le tiers acquéreur, quand la résolution a lieu, doit restituer tous les fruits qu'il a perçus, parce qu'il n'y a droit ni comme propriétaire, il est considéré comme ne l'ayant jamais été, ni comme possesseur, car il n'est pas possesseur de bonne foi dans le sens légal du mot? Ceux qui ne considèrent pas le tiers acquéreur comme possesseur de bonne foi décident qu'il faut lui appliquer l'article 962, c'est-à-dire qu'il gagnera les fruits perçus jusqu'au moment où la naissance de l'enfant qui révoque la donation lui aura été notifiée (2). Nous nous rangeons à cet avis; mais quel est le vrai motif de décider? Dire, comme on le fait, que l'espèce particulière de condition dont il s'agit est de telle nature qu'elle s'accomplit de la même manière à l'égard des tiers détenteurs qu'à l'égard du donateur lui-même, c'est ne rien

(1) Voyez le tome XII de mes *Principes*, p. 477, nº 395.

(2) Demolombe, t. XX, p. 729, nº 801, et les auteurs, en sens divers, qu'il cite. Comparez Aubry et Rau, t. VI, p. 126, note 35, et Dalloz, nºs 1932 et 1933.

dire. L'article 966 que l'on cite n'a rien de commun avec les fruits ; c'est une disposition tout à fait exceptionnelle concernant la prescription et qui, par cela même qu'elle est exceptionnelle, ne peut pas être étendue. Nous croyons que la raison de décider se trouve dans les motifs pour lesquels le législateur attribue les fruits au donataire. Il veut qu'il les gagne pour que la libéralité, au lieu de lui être profitable, ne lui devienne pas nuisible. Or, elle lui nuirait si l'acquéreur devait restituer les fruits; car comme vendeur, le donateur doit garantir l'acheteur de tout préjudice; si l'acheteur doit restituer les fruits, le vendeur lui en doit compte; donc, en définitive, il ne gagnerait pas les fruits; pour qu'il les gagne, il faut que l'acheteur les gagne. De là suit que le tiers détenteur doit avoir les mêmes droits que le donataire.

95. Que faut-il décider des actes d'administration faits par le donataire? restent-ils valables après que la donation est révoquée? La question présente bien des difficultés, nous y reviendrons au titre du *Bail*. On la décide d'ordinaire en disant que l'effet de la condition résolutoire ne s'applique pas, en général, aux actes d'administration (1). Le législateur ne pose pas ce principe; et de quel droit l'interprète dérogerait-il à l'article 1183, aux termes duquel la condition résolutoire, lorsqu'elle s'accomplit, remet les choses au même état que si le contrat n'avait pas existé? Dans l'espèce, il y a un motif de décider en faveur de l'opinion générale, c'est que la loi donne les fruits au donataire (art. 962); or, celui qui a le droit de jouir doit avoir le droit d'administrer; comment jouirait-il si, ne pouvant occuper lui-même les choses données, il ne lui était pas permis de les donner à bail?

IV. *De la prescription.*

96. L'article 966 porte : « Le donataire, ses héritiers ou ayants cause, ou autres détenteurs des choses données ne pourront opposer la prescription pour faire valoir la donation révoquée par la survenance d'enfant qu'après

(1) Demolombe, t. XX, p. 730, n° 802, p. 490, n° 522.

une possession de trente années, qui ne pourront commencer à courir que du jour de la naissance du dernier enfant du donateur, même posthume; et ce, sans préjudice des interruptions, telles que de droit. » Cette disposition donne lieu à de nombreuses difficultés. Il est certain qu'elle déroge au droit commun; mais en quoi consistent les dérogations? Supposons d'abord que le donataire ou ses héritiers possèdent les choses données. Quelle est la durée de l'action que le donateur a contre eux? L'action du donateur naît du contrat, lequel, par suite de la condition résolutoire qui y est sous-entendue, oblige le donataire à restituer les biens donnés. L'action est donc personnelle, elle dure trente ans, comme toute action (art. 2262). Il ne peut pas être question pour le donataire d'opposer l'usucapion au donateur, car le donateur ne revendique pas contre lui; or, l'usucapion ne peut être opposée qu'à l'action en revendication. D'ailleurs le donataire, quand la donation est résolue, n'a pas de titre; la condition essentielle de l'usucapion lui fait donc défaut.

Jusqu'ici nous sommes sous l'empire du droit commun. Le code s'en écarte en disposant que la prescription de trente ans ne commence à courir que du jour de la naissance du dernier enfant. En principe, la prescription court dès que le droit naît; or, dès qu'il survient un enfant au donateur, la donation est révoquée de plein droit, les biens rentrent dans le patrimoine du donateur, quoique le donataire continue à les posséder; donc dès ce jour le donateur peut agir, et par conséquent la prescription devrait courir contre lui. Pourquoi la loi ne la fait-elle courir qu'à partir de la naissance du dernier enfant? Furgole répond que la naissance de chaque enfant produit une nouvelle cause pour révoquer la donation, et par conséquent elle doit effacer les effets du laps de temps qui s'est écoulé entre la naissance du premier enfant et celle du dernier. La raison est peu juridique; peut-il encore y avoir une nouvelle cause de révocation, alors que la survenance du premier enfant a résolu de plein droit la donation, comme si elle n'avait jamais existé? D'ailleurs la

donation étant révoquée, le donateur peut disposer des choses données; s'il le peut par voie d'aliénation, pourquoi ne lui permet-on pas d'en disposer par l'effet de la prescription? C'est une dérogation au droit commun qui ne s'explique que par la faveur extrême que le législateur montre pour cette cause de révocation (1).

97. Quelle est la durée de la prescription quand la chose est possédée par un tiers détenteur? C'est toujours la prescription trentenaire. Cette disposition s'explique quand il s'agit de l'acquéreur à qui le donataire a vendu ou donné la chose; en effet, la résolution de la donation résout son titre; à partir du moment où l'enfant est né, il est considéré comme n'ayant jamais eu de titre; donc il ne peut usucaper, il ne peut se prévaloir que de la prescription trentenaire. Nous reviendrons sur ce point au titre de la *Prescription*. En est-il de même si l'acquéreur à son tour vend ou donne la chose? Il faut répondre affirmativement si l'on admet le principe que nous venons de poser; la condition résolutoire attachée à la donation affecte tous les droits consentis par le donataire ou ses ayants cause; tous ces titres tombent de plein droit par la survenance d'un enfant du donateur; tous les détenteurs sont donc sans titre et par suite ils ne peuvent usucaper; la seule prescription qu'ils puissent invoquer est celle de trente ans.

Il y a des auteurs qui enseignent que le titre, quoique résolu, suffit pour que le détenteur puisse usucaper. Dans cette opinion, l'article 966 contient une exception au droit commun que rien ne justifie. Pour mettre l'article 966 en harmonie avec les principes généraux, on a prétendu qu'il ne s'appliquait qu'aux tiers détenteurs sans titre, ce qui laisserait sous l'empire du droit commun les tiers acquéreurs ou donataires, lesquels pourraient par conséquent invoquer l'usucapion. Furgole paraît favorable à cette opinion; il dit que l'ordonnance s'applique à toutes sortes de possesseurs qui n'ont point de titre; d'où l'on

(1) Furgole, sur l'article 45 de l'ordonnance de 1731 (t. V, p. 352). Coin-Delisle, p. 317, n° 1 de l'article 966. Mourlon, t. II, p. 334.

induit que s'ils ont un titre, ils peuvent usucaper (1). L'argument nous paraît bien faible ; Furgole ne dit pas même d'une manière formelle ce qu'on lui fait dire, et ce qu'on lui fait dire est en opposition avec le texte de l'article 966, qui est conçu dans les termes les plus généraux ; il ne distingue pas entre les tiers détenteurs qui ont un titre et ceux qui n'en ont pas. Si les interprètes avaient plus de respect pour le texte, ils éviteraient bien des controverses. Demandera-t-on quelle est la raison de la dérogation au droit commun consacrée par l'article 966? Nous répondons qu'elle s'explique par la faveur tout exceptionnelle que la loi accorde à la révocation pour survenance d'enfant. Reste à savoir en quoi consiste l'exception.

Il y a une exception que l'on ne saurait contester, puisqu'elle est écrite dans la loi. Le tiers acquéreur usucape du jour où il commence à posséder ; tandis que d'après l'article 966, il ne commence à prescrire que du jour de la naissance du dernier enfant. Cela bouleverse le droit commun. Le dernier enfant peut naître vingt, trente ans après que le tiers a commencé à posséder, donc après qu'il a accompli deux ou trois fois l'usucapion, laquelle, dans cette hypothèse, ne lui servira à rien, puisque la prescription trentenaire le mettra à l'abri de toute revendication. Voilà une profonde dérogation au droit commun ; on est obligé de l'admettre. Pourquoi ne pas admettre une dérogation en ce qui concerne l'usucapion? dérogation qui s'explique, en ce sens qu'en réalité les tiers détenteurs sont sans titre.

98. L'article 966 ajoute à la fin : « Sans préjudice des interruptions, telles que de droit. » Cela était inutile à dire, l'interruption de la prescription étant de droit commun. Furgole dit que cette disposition a été ajoutée par prudence, parce qu'il y avait des auteurs qui croyaient que les prescriptions introduites par les ordonnances couraient contre les mineurs. Cela prouve au moins une chose, c'est que l'ordonnance entendait aussi maintenir le

(1) Demante, t. IV, p. 256, n° 110 *bis* I et suiv. Comparez Demolombe, t. XX, p. 747, n°s 816-818.

droit commun quant à la suspension de la prescription, quoique le texte ne parle que de l'interruption. Furgole en fait la remarque : le mot *interruptions*, dit-il, ne doit pas être pris dans sa signification propre, mais dans le sens le plus étendu, c'est-à-dire qu'il comprend tous les moyens qui interrompent la prescription, soit en anéantissant la première possession, soit en suspendant seulement le cours de la prescription (1). Il faut entendre l'article 966 dans le même sens, puisqu'il ne fait que reproduire l'ordonnance.

99. Quel est l'effet de la prescription établie par l'article 966? La question paraît singulière au premier abord. L'effet de toute prescription n'est-il pas de faire acquérir la propriété moyennant une possession plus ou moins longue? Cela est dit dans l'article 712, et l'article 2219 le répète. Peu importe à quel titre le détenteur a possédé ; alors même qu'il usucape, l'acquisition de la propriété ne se fonde pas sur le titre, elle n'a d'autre fondement que la possession. Donc quand le donataire reste en possession après la révocation de la donation et qu'il possède pendant trente ans, il sera devenu propriétaire en vertu de la prescription. On a soutenu le contraire en soulevant une nouvelle difficulté. Cette fois-ci on invoque le texte. L'article 966 dit que le donataire, ses héritiers ou ayants cause, ou autres détenteurs des choses données ne pourront opposer la prescription *pour faire valoir la donation révoquée* par la survenance d'enfant, qu'après une possession de trente années. Donc, dit-on, c'est la donation qui est validée par la possession trentenaire. Nous croyons que l'on fait dire au texte ce qu'il ne dit pas et ce qu'il ne peut pas dire. Il ne peut pas s'agir de valider la donation, puisque la loi la déclare révoquée de plein droit et décide qu'elle demeure révoquée quand même le donataire aurait été laissé en possession par le donateur depuis la survenance de l'enfant (art. 962). La loi dit encore que les donations révoquées ne peuvent

(1) Furgole, sur l'article 45 de l'ordonnance de 1731 (t. V, p. 352 et suiv.) Comparez Dalloz, n° 1937, et Demolombe, t. XX, p. 738, n° 810.

revivre ou avoir de nouveau leur effet par aucun acte confirmatif (art. 964). Si, ajoute l'article 964, le donateur veut donner les mêmes biens au donataire, il ne peut le faire que par une nouvelle disposition. Ainsi, il n'y a qu'un moyen pour que le donataire acquière les biens à titre de donation, c'est que le donateur lui en fasse une nouvelle donation. Il est difficile d'être plus explicite. Après avoir dit que la première donation ne pouvait par aucun moyen être validée, le législateur aurait-il dit le contraire dans l'article 966? Cela n'est pas admissible. Il n'y a pas de raison qui justifierait cette inexplicable anomalie. Invoquera-t-on la confirmation? L'article 966 la repousse; on ne confirme pas le néant. Invoquera-t-on une nouvelle donation dont la prescription dispense de représenter le titre? Cela a été dit (1); mais pourquoi la prescription dispenserait-elle le donataire de représenter le titre? La minute n'existe-t-elle pas chez le notaire? et y a-t-il une ombre de raison pour que le donataire ne la produise pas? On dira que le texte, qui pour nous est la suprême autorité, est positif. Nous répondons que les mots *pour faire valoir la donation révoquée* reçoivent une interprétation bien plus simple et plus naturelle. Le législateur vient de dire et de répéter que la donation révoquée ne peut revivre; il ajoute que, malgré cette révocation, la donation pourra rendre le donataire propriétaire, si le donateur le laisse en possession sans agir contre lui pendant trente ans; mais il a soin de dire que tel sera l'effet de la *prescription* (2).

100. La prescription de trente ans reste-t-elle applicable lorsque la donation a été déguisée sous la forme d'un contrat onéreux? Nous avons d'avance répondu à la question en rappelant le principe qui régit les donations déguisées; elles produisent les mêmes effets que les donations faites par acte; il n'y a de différence qu'en ce qui concerne la forme. L'application du principe aux tiers acquéreurs pourra leur être préjudiciable, s'ils traitent

(1) Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 335.
(2) Marcadé, t. III, p. 617, art. 966, n° II. En sens contraire, Demolombe, t. XX, p. 741, n° 813, et les auteurs qu'il cite.

avec le donataire, dans l'ignorance où ils sont qu'il s'agisse d'un bien donné. Mais c'est une conséquence logique de la doctrine consacrée par la jurisprudence. Si les tiers en souffrent, le législateur n'en est pas responsable, car la loi ignore la théorie des donations déguisées. La jurisprudence est en ce sens (1).

101. Le donateur, en principe, peut revendiquer la chose donnée contre les tiers détenteurs. Ce droit reçoit exception lorsqu'il s'agit d'une chose mobilière, la revendication n'étant pas admise pour les meubles corporels quand le possesseur est de bonne foi. Nous avons déjà dit que la maxime qu'en fait de meubles la possession vaut titre, ne peut pas être opposée au propriétaire d'une créance; le donateur peut donc revendiquer les créances données qui auraient été cédées par le donataire (2).

Le tiers acquéreur étant menacé d'éviction, lorsque la donation est résolue pour survenance d'enfant, pourra agir immédiatement contre le vendeur. En effet, par suite de la résolution le donataire est considéré comme n'ayant jamais été propriétaire; il a donc vendu la chose d'autrui; la vente est nulle et l'acheteur en peut demander la nullité en prouvant le fait de la résolution (3).

(1) Rejet, 6 novembre 1832 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 1923).
(2) Grenier, t. II, p. 177, n° 205. Dalloz, n° 1938.
(3) Douai, 3 juillet 1846 (Dalloz, 1846, 4, 508). — Voyez le tome XII de mes *Principes*, p. 601, n° 518.

CHAPITRE VI.

DES TESTAMENTS.

SECTION I. — De la forme des testaments.

§ Ier. *Principes généraux.*

N° 1. LE CODE ET L'ANCIEN DROIT.

102. L'article 967 porte : « Toute personne pourra disposer par testament, soit sous le titre d'institution d'héritier, soit sous le titre de legs, soit sous toute autre dénomination propre à manifester sa volonté. » Cette disposition déroge tout ensemble au droit romain et au droit coutumier. Dans les pays de droit écrit, le testament n'était valable que s'il renfermait une institution d'héritier; c'était, comme disent les jurisconsultes romains, la tête et le fondement de toute disposition testamentaire, et l'institution d'héritier devait se faire dans les formes prescrites. Sous le rapport de la forme, on distinguait les dispositions de dernière volonté en testaments et codicilles. Le testament était l'acte qui contenait l'institution d'héritier. On appelait codicilles les actes qui ne contenaient que des legs et des fidéicommis.

Les coutumes partaient d'un principe tout contraire. « Dieu seul peut faire un héritier, l'homme ne le peut. » Nous avons signalé ailleurs cette maxime fondamentale de notre ancien droit (1). De là la règle recueillie par Loisel et écrite dans la plupart des coutumes : « Institution d'héritier n'a pas de lieu. » La coutume du Nivernais en déduit des conséquences qui distinguent profondément les coutumes du droit romain. Nonobstant l'institution d'héritier qui se trouvait dans un testament, l'héritier lé-

(1) Voyez le tome VIII de mes *Principes*, p. 567, n° 478.

gitime héritait et était saisi de la succession. De sorte que l'institution d'héritier était inefficace et inutile; le testament était valable sans institution d'héritier. « Et combien que ladite institution ne vaille, dit la coutume, ne sera pourtant vicié le testament ès autres choses. »

Guy Coquille en concluait « qu'en pays coutumiers il n'y avait pas de testaments vrais *ad instar* de ceux qui sont introduits par le droit romain, selon lequel nul testament ne vaut s'il ne contient institution d'héritier, et nulle institution d'héritier ne vaut, sinon faite en testament, qui soit fait dans la forme prescrite. » Pourquoi? « C'est superfluité à nous, dit Coquille, de faire distinction de testaments et codicilles; ainsi toutes dispositions de dernière volonté, faites par personnes capables et en forme probante doivent être réputées testaments à l'effet de notre coutume. » Pothier dit de même : « Selon nos coutumes, il n'y a aucune différence entre les testaments et codicilles, et les testaments ne sont parmi nous autre chose que ce qui est appelé par le droit romain codicilles (1). »

103. Les jurisconsultes des pays coutumiers célébraient la simplicité des coutumes par opposition aux *superstitions romaines*. C'est l'expression de Coquille. « Nous, en ce pays coutumier, ne sommes sujets aux subtilités, formules et fâcheuses superstitions introduites par le droit romain au fait des testaments. Et a été bien avisé par nos prédécesseurs de nous délivrer de cette servile subjection par laquelle les plus fins et les mieux avisés faisaient bien leurs affaires, et ceux qui besoignaient rondement étaient surpris. » L'article 967 consacre la simplicité des coutumes et établit le principe rationnel que les dispositions testamentaires étant une expression de la volonté du défunt, c'est à la volonté qu'il faut s'attacher et non aux mots dont le testateur s'est servi pour l'exprimer. Libre au défunt d'instituer un héritier, mais l'institution d'héritier n'est plus requise pour la validité

(1) Coquille, coutume du Nivernais, titre XXXIII *des Testaments et codicilles ;* Pothier, *des Donations testamentaires,* n° 2. Troplong, t. II, p. 8, n°s 1434-1436.

du testament. Chose singulière, cela a été contesté et en pays de coutumes. La cour de Bruxelles, cela va de soi, a repoussé le moyen de nullité emprunté au droit romain en citant le texte des articles 967 et 895 : dire que toute personne peut disposer sous toute dénomination propre à manifester sa volonté, c'est certes dire que l'institution d'héritier n'est plus nécessaire (1). Il y a plus : quand le défunt laisse des héritiers réservataires, il ne lui est pas permis d'instituer un héritier ; c'est l'héritier du sang qui est saisi de préférence au légataire universel. Le code civil ne donne jamais le nom d'héritier au légataire, alors même que, par transaction entre les deux droits qui partagaient l'ancienne France, il lui accorde la saisine. Il est resté fidèle à la tradition coutumière : Dieu seul fait des héritiers.

104. Le code civil met fin à la division qui régnait dans l'ancienne France entre les pays de droit écrit et les pays de droit coutumier ; c'était le but de la codification, ce grand bienfait que nous devons à la révolution de 89. L'ordonnance de 1735 sur les testaments avait respecté la diversité du droit qui, dans un temps où il n'y avait aucune liberté politique, était presque considérée comme une franchise. Les auteurs du code Napoléon ont établi l'unité en faisant des emprunts à l'un et à l'autre droit. Le testament olographe est d'origine coutumière ; l'ordonnance de 1735 se contentait de le maintenir dans les provinces de droit écrit où il était en usage ; le code civil en fait le droit commun ; c'est la forme la plus simple de tester et la plus usuelle. Les formes des testaments solennels variaient non-seulement selon que les provinces étaient régies par le droit romain ou par les coutumes, elles variaient même selon les différentes coutumes ; le législateur français les a remplacées par le testament public, et il a emprunté le testament mystique aux lois romaines.

(1) Bruxelles, 8 novembre 1842 (*Pasicrisie*, 1842. 2. 320).

N° 2. SOLENNITÉS.

I. *Du testament verbal.*

105. L'article 1er de l'ordonnance portait : « Toutes dispositions testamentaires seront faites par écrit. » Il déclarait nulles toutes les dispositions qui ne seraient faites que verbalement et défendait d'en admettre la preuve par témoins, même sous prétexte de la modicité de la somme dont il aurait été disposé. Le code ne reproduit pas ces prohibitions, mais elles résultent implicitement des principes qu'il consacre. Aux termes de l'article 893, on ne peut disposer de ses biens à titre gratuit que par donation entre-vifs ou par testament, *dans les formes ci-après établies*. Quelles sont ces formes? L'article 969 répond : « Un testament pourra être olographe, ou fait par acte public, ou dans la forme mystique. » Ces trois testaments, les seuls que le code reconnaisse, exigent tous un écrit. Donc tout testament, pour être valable, doit être rédigé par écrit. L'écrit n'est pas seulement exigé pour la preuve des dispositions de dernière volonté, il est de l'essence de ces dispositions. C'est pourquoi, dit Pothier, l'ordonnance rejetait la preuve par témoins des dispositions qui ne seraient pas par écrit, quelque modique que fût la somme dont le défunt aurait disposé; tandis que l'on admettait la preuve testimoniale en matière d'obligations, quand la valeur du litige ne dépassait pas cent livres (1). Ces principes sont encore ceux du droit moderne : les formes des testaments, comme celles des donations, sont prescrites pour l'existence même de l'acte juridique. Nous en avons dit la raison ailleurs (2).

106. La jurisprudence a consacré l'application de ces principes. Il a été jugé que l'on ne peut prouver une disposition de dernière volonté par témoins (3), alors même

(1) Pothier, *Des donations testamentaires*, n° 6.
(2) Voyez le tome XI de mes *Principes*, p. 110, n° 93. Comparez Coin-Delisle, p. 330, n° 3 de l'article 967.
(3) Liége, 15 juin 1861 (*Pasicrisie*, 1863, 2, 31).

qu'il y aurait un commencement de preuve par écrit. On donne comme raison que les articles 1341 et 1347 ne sont applicables qu'aux contrats. La raison est mauvaise. En effet, la jurisprudence, comme nous le dirons plus loin, applique l'article 1348, en matière de testaments, lorsqu'il ne s'agit que d'une question de preuve; et s'il ne s'agissait que de prouver les dispositions de dernière volonté, il faudrait aussi appliquer les articles 1341 et 1347. Mais il s'agit d'une condition requise pour l'existence du testament : pas d'écrit, pas de testament, de même que pas d'écrit, pas de donation.

La cour de cassation, en consacrant ce principe, en a déduit une autre conséquence sur laquelle nous reviendrons plus d'une fois. Quand il existe un testament et que ses dispositions sont obscures, contradictoires, peut-on recourir à la preuve par témoins pour les expliquer, les modifier ou les annuler? Si ce n'était qu'une question de preuve, l'affirmative ne serait pas douteuse, la preuve testimoniale serait admise avec un commencement de preuve par écrit. Mais en matière de testament, l'intention ne peut pas se prouver par témoins; elle ne peut résulter que d'une déclaration écrite du testateur; c'est donc dans l'écrit même que le juge doit chercher la volonté du testateur (1). La décision est très-juridique. Interpréter un testament par la preuve testimoniale, en ce sens que l'on constate ce que le testateur a voulu, n'est-ce pas établir une disposition de dernière volonté par témoins, alors que la volonté du testateur ne s'établit que par écrit?

107. Par application des mêmes principes, il a été jugé que le serment ne pouvait pas être déféré sur la question de savoir si une personne avait déclaré vouloir tester et si les héritiers légitimes avaient pris l'engagement d'exécuter ces dispositions de dernière volonté. Cependant l'article 1353 dit que le serment décisoire peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit. Il est vrai que le serment est une des preuves admises par

(1) Cassation, 28 décembre 1818 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 3493, 2°.)

la loi (art. 1316), et celle que le législateur permet d'employer à défaut de toute autre preuve. Mais elle est inadmissible pour établir qu'il existe des dispositions testamentaires, parce que ce n'est pas une question de preuve; il s'agit de savoir si les dispositions existent; or, elles n'existent que si elles sont rédigées par écrit dans les formes prescrites par la loi (1). Par la même raison, l'aveu ne peut être invoqué, quoiqu'il fasse pleine foi contre celui qui l'a fait (art. 1356); ce n'est pas une question de foi, c'est-à-dire de preuve; quand il n'y a pas d'écrit, la condition essentielle requise pour l'existence du testament fait défaut, donc il n'y a pas de testament (2).

108. La donation est un acte solennel comme le testament, et par identité de raison. Toutefois la doctrine et la jurisprudence admettent que les dons manuels sont valables sans forme aucune. Peut-on étendre cette exception au testament? Y a-t-il un legs manuel? Non, parce que le legs manuel implique une impossibilité juridique. Si le don manuel est valable, c'est que la propriété de la chose donnée se transfère immédiatement et irrévocablement au donataire par le fait de la tradition; tandis que le testament est un acte par lequel le testateur dispose pour le temps où il n'existera plus, et qu'il peut révoquer. Donc pour qu'un legs manuel fût valable, il faudrait que le testateur remît la chose au légataire, avec cette intention que le legs ne vaudrait qu'à sa mort et que jusque-là il le pourrait révoquer; or, cela est impossible. Si l'intention de celui qui remet une chose mobilière est de lui en transférer immédiatement la propriété, il fait une donation, et la donation sera valable, quand même elle serait faite sur le lit de mort. Si, au contraire, son intention est de faire une libéralité révocable jusqu'à sa mort, il fait ou une donation à cause de mort, laquelle est nulle, ou un legs, et le legs n'est valable que s'il est fait par écrit;

(1) Cassation, 18 janvier 1813 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 2513, 1°). Riom, 17 janvier 1821 (Dalloz, *ibid.*, n° 2513, 2°). Bruxelles, 21 décembre 1842 (Dalloz, *ibid.*, n° 2513, 3° et *Pasicrisie*, 1843, 2, 57).
(2) Troplong, t. II, p. 11, n° 1445.

un legs manuel est un legs non existant, c'est le néant(1).

109. On a demandé pourquoi le législateur exige des formes pour l'existence des dispositions de dernière volonté. L'équité naturelle semble exiger que l'héritier remplisse les volontés que le défunt lui a fait connaître, n'importe de quelle manière. Il est certain qu'il peut se présenter des circonstances dans lesquelles la doctrine du code blesse la conscience. Le testateur veut tester, il réunit ses héritiers pour leur faire ses adieux éternels et pour déclarer ses volontés en leur présence. La mort le surprend, mais, avant son dernier instant, les héritiers lui promettent sur leur honneur d'exécuter ses volontés. Ils manquent à cette promesse sacrée ; les légataires n'ont aucune action contre eux. Le cas s'est présenté, comme nous allons le dire. Pourquoi donc le législateur n'a-t-il pas permis des dispositions verbales en présence de témoins? On répond que les règles du droit et le repos des familles ne le permettaient pas. Le défunt fait connaître sa volonté, l'héritier promet de la remplir. Cela est prouvé par témoins : mais est-il prouvé aussi que le défunt a réellement voulu tester? S'il en a eu la volonté sérieuse, pourquoi n'a-t-il pas fait un testament écrit? Cette justification de la loi ne nous paraît pas satisfaisante. Nous supposons que le défunt a été dans l'impossibilité de tester par écrit; pour justifier la loi, il faut qu'il y ait des raisons qui exigent nécessairement et toujours une forme solennelle. Le repos des familles que l'on invoque nous touche peu : l'équité va encore avant cette considération. A notre avis, la véritable raison qui a engagé le législateur à exiger un écrit pour l'existence du testament se trouve dans l'essence même du testament. Il déroge à la succession légitime ; il enlève à l'héritier du sang les biens que Dieu lui avait destinés en le faisant naître dans telle famille plutôt que dans telle autre ; car c'est Dieu qui fait les héritiers. Pour que l'on puisse admettre une dérogation à la loi de Dieu, il faut qu'elle

(1) Coin-Delisle, p. 331, n° 6 de l'article 967. Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, p. 239, note c. Demolombe, t. XXI, p. 23, n° 26.

soit bien certaine et à l'abri de toute influence illégitime. Or, la présence de témoins ne donnerait pas ces garanties. La volonté resterait donc incertaine, contestable. Et conçoit-on qu'une volonté douteuse l'emporte sur la volonté de la loi qui est celle de Dieu (1)?

110. Les solennités testamentaires sont entrées dans nos mœurs; il n'y a plus guère de débats sur des dispositions purement verbales, parce qu'il est de toute évidence qu'elles sont nulles. Mais la question se complique lorsque l'héritier promet d'exécuter les dernières volontés du défunt. Il faut distinguer à l'égard de qui il a pris cet engagement. Si c'est envers le défunt, la promesse est nulle. C'est l'avis unanime des auteurs, et la jurisprudence est dans le même sens. Veut-on considérer la promesse comme un engagement d'honneur? Ces engagements n'ont rien de commun avec le droit. Veut-on y voir un lien juridique? La promesse sera nulle, parce que c'est une convention sur une succession future; or, le code prohibe les pactes successoires d'une manière absolue; on ne peut faire aucune stipulation sur une succession non ouverte, dit l'article 1130, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit (2).

Si l'héritier a pris un engagement envers le légataire institué verbalement, la promesse sera-t-elle valable? On enseigne l'affirmative. L'héritier peut, dit-on, promettre de donner à un tiers une part dans la succession, ou une chose héréditaire, pour se conformer aux intentions que lui a exprimées le défunt. Cette obligation n'a pas pour fondement un legs verbal, mais la volonté de l'héritier qui peut disposer comme il le veut des biens qu'il a recueillis (3). Sans doute, mais quel sera le caractère de cet engagement? Est-ce une donation assujettie aux solennités prescrites par la loi, ou est-ce l'exécution d'une obligation

(1) Comparez Coin-Delisle, p. 331, n° 5 de l'article 967.
(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Testament*, sect. IV, § 3 (t. XXXIV, p. 248). Bayle Mouillard sur Grenier, t. I, p. 666, note *b*. Bruxelles, 21 décembre 1842 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 2513, 3°, et *Pasicrisie*, 1843, 2, 57).
(3) Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 2513.

naturelle? Nous avons déjà discuté la question (1). A notre avis, il y a libéralité, et par suite la promesse n'est valable que si elle a été faite par acte authentique. Ce n'est pas dans ces termes que la question s'est présentée devant les tribunaux. Un homme, dictant ses dernières volontés, est surpris par la mort avant que l'on ait pu appeler un notaire; ses héritiers lui promettent sur l'honneur d'exécuter ses dispositions. Cette promesse est nulle. Mais après la mort du défunt, ils autorisent les exécuteurs testamentaires à faire la délivrance des legs, et confirment ainsi les dispositions irrégulières que le défunt avait prises. La cour de Bruxelles a admis les légataires à faire preuve de cette approbation (2). S'agissait-il, dans l'espèce, d'une véritable confirmation donnée par les héritiers à un testament nul? Non, car il n'y avait pas de testament, ni olographe, ni authentique; le testateur avait fait connaître ses volontés à ses héritiers; c'était donc un testament verbal, c'est-à-dire le néant. La promesse que les héritiers avaient faite au défunt était également nulle. Restaient les faits d'exécution. C'était, en réalité, une libéralité faite par les héritiers; donc elle ne pouvait valoir que comme acte solennel ou comme don manuel.

111. Quand le défunt a fait un testament régulier dans la forme, cet acte seul fait foi; il peut seul être invoqué. Il est arrivé que le testateur, en remettant son testament à une personne de confiance, lui a donné un mandat verbal sur les circonstances dans lesquelles le testament devait recevoir son exécution. Les tribunaux ont toujours rejeté ce mandat verbal. Il a été jugé par la cour de cassation que des instructions purement verbales, alors même qu'elles seraient prouvées, ne peuvent rien ajouter au testament ni rien en retrancher, ni par conséquent imprimer un caractère conditionnel à une disposition qui, d'après le texte de l'acte, est pure et simple. La raison en est que la volonté du testateur ne peut se manifester valablement que par écrit dans l'une des formes déterminées par la

(1) Voyez le tome XII de mes *Principes*, p. 443, nº 359.
(2) Bruxelles, 28 juillet 1817 (*Pasicrisie,* 1817, p. 482, et Dalloz, au mot *Dispositions*, nº 2555).

loi ; si donc il veut mettre une modalité à ses volontés, il doit la mettre dans l'acte même ; toute déclaration de volonté non écrite est non existante, et les tribunaux n'en peuvent tenir aucun compte (1).

112. A plus forte raison, les héritiers ne peuvent-ils pas être admis à prouver par témoins que les dispositions écrites dans un testament régulier ne sont pas l'expression de la vraie volonté du testateur. La question s'est présentée devant la cour de Gand dans l'espèce suivante. Dans un premier testament, le testateur nomme deux notaires et un agent d'affaires ses exécuteurs testamentaires, en les chargeant de distribuer ses biens à ses parents paternels et maternels conformément aux clauses du testament. Après avoir fait quatre testaments en ce sens, il en fait un cinquième par lequel il institue les mêmes personnes ses légataires universels, en léguant 900,000 fr. à ses parents paternels et 600,000 à ses parents maternels. Par un dernier testament, il maintient l'institution des légataires, mais en réduisant la part de la famille paternelle à 600,000 francs et celle de la famille maternelle à 500,000. Les héritiers légitimes soutiennent que les prétendus légataires universels ne sont que des exécuteurs testamentaires tenus, comme tels, de rendre compte de leur gestion ; ils demandent à prouver que les légataires s'étaient engagés, à l'égard du testateur, à distribuer, après le payement des legs particuliers, l'excédant de sa succession à des légataires particuliers, ou aux parents appelés par la loi. Toutes ces demandes furent rejetées. La preuve par témoins des faits allégués par les demandeurs était inadmissible, quoiqu'elle fût appuyée sur un commencement de preuve par écrit. En effet, elle tendait à détruire le testament qui instituait des légataires universels et non des exécuteurs testamentaires ; or, la volonté légalement manifestée ne peut être anéantie par une volonté qui, n'étant pas exprimée légalement, n'existe point. Quant à la prétendue convention intervenue entre

(1) Rejet, 19 novembre 1867 (Dalloz, 1868, 1, 216). Comparez Poitiers, 22 janvier 1811, et Rejet, 1er septembre 1812 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 2526).

le défunt et ses légataires universels, elle tendait au même but et partant elle était nulle, soit comme testament verbal, soit comme convention sur une succession future. Enfin les héritiers soutenaient que les légataires s'étaient rendus coupables de dol, en retenant de mauvaise foi une partie de l'hérédité qu'ils s'étaient obligés à restituer ou à distribuer entre les héritiers légitimes. La convention même étant nulle, pour mieux dire inexistante, il ne pouvait être question de dol dans son exécution (1).

II. *De la destruction du testament.*

113. On suppose qu'il y a eu un testament; il a été détruit, soit par dol, soit par un cas fortuit. Les légataires auront-ils action en vertu du testament, en prouvant son existence et sa destruction? L'affirmative ne nous paraît pas douteuse. En effet, la volonté du testateur a été manifestée légalement; dès lors elle doit recevoir son exécution. Dira-t-on que le fait de l'existence et de la destruction du testament devant se prouver par témoins, l'action du légataire se fondera sur la preuve testimoniale, c'est-à-dire sur un legs verbal? L'objection n'aurait aucun fondement. Il n'est pas exact de dire que le légataire agirait en vertu d'un legs verbal; car il ne demande pas à prouver qu'un legs lui a été fait verbalement; le légataire prouve qu'il y a eu un testament, une volonté écrite, c'est en vertu du testament qu'il agit; les témoins ne déposeront pas que le testateur leur a déclaré tester en faveur de telle personne; ils déposeront avoir vu et lu le testament. Il n'y a de difficulté que pour l'application du principe : dans quels cas le légataire sera-t-il admis à la preuve? et quelle preuve devra-t-il faire?

114. Le testament est détruit par le fait de la partie intéressée à la destruction, de l'héritier légitime exclu, ou d'un tiers non intéressé. On demande si le légataire aura action et contre qui? La destruction du testament est un fait dommageable, elle tombe donc sous l'applica-

(1) Gand, 6 juillet 1855 (*Pasicrisie*, 1855, 2, 381).

tion des articles 1382 et 1383 : tout fait dommageable donne lieu à une action contre l'auteur du fait en faveur de celui à qui le dommage a été causé. Le fait constitue un délit civil ou un quasi-délit, selon qu'il y a eu ou non intention de nuire. Ce principe est général, il s'applique par conséquent à la destruction d'un testament comme à tout autre fait dommageable. Les auteurs sont d'accord sur ce point; ils enseignent que l'action doit être intentée contre l'auteur du fait dommageable, et non contre celui qui a profité du délit ou du quasi-délit. Si c'est l'héritier exclu qui a détruit le testament, il n'y a pas de doute; si c'est un tiers, sans complicité de l'héritier, celui-ci n'en sera pas tenu, bien qu'il profite de la destruction; l'action se donne, non contre celui qui profite du délit, mais contre celui qui le commet, donc contre le tiers (1).

Il y a quelque hésitation dans la jurisprudence. Les tribunaux admettent difficilement une action fondée sur la preuve testimoniale quand il s'agit d'exécuter la volonté du défunt, la volonté devant se manifester dans des formes solennelles. Cette répugnance se conçoit, mais il ne faut pas qu'elle dépasse les limites du droit. Un arrêt de Metz pose comme principe que le légataire doit prouver que le testament a été détruit par l'héritier *ab intestat* ou par un cas de force majeure : la cour semble donc dénier au légataire l'action contre un tiers non intéressé qui aurait détruit le testament. Un arrêt de la cour de Riom, rendu sous la présidence de Grenier, est conçu dans le même sens; la destruction, dit-il, devrait avoir eu lieu par celui qui y avait intérêt, c'est-à-dire par l'héritier; ce qui n'était pas allégué dans l'espèce, et par suite la demande ne fut pas admise (2). C'est méconnaître la disposition absolue de l'article 1382, en y apportant une restriction, alors que la loi est conçue dans les termes les plus généraux. Sur quoi est fondée l'action du légataire? Sur un fait dommageable, donc sur l'article 1382, et l'arti-

(1) Duranton, t. IX, p. 71, n° 48. Dalloz, n° 2135. Comparez Furgole, *Des testaments*, chap. VI, sect. III, n° 124 (t. I, p. 531)

(2) Metz, 15 juillet 1813, et Riom, 17 novembre 1821 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 2519).

cle 1382 oblige celui par la faute duquel un dommage est arrivé à le réparer, sans distinguer si l'auteur du fait y avait intérêt ou non, et il n'y avait pas lieu de distinguer, car la distinction n'a pas de sens quand il s'agit d'un délit ou d'un quasi-délit.

115. La destruction a lieu par un événement fortuit; l'article 1382 cesse d'être applicable. Y a-t-il lieu d'appliquer l'article 1348, n° 4? Après avoir posé les règles qui prohibent, en principe, la preuve testimoniale, la loi dit qu'elles reçoivent exception « toutes les fois qu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale de l'obligation qui a été contractée envers lui. » L'article 1348 donne ensuite des applications de cette exception, qui est elle-même un principe; elle s'applique, dit le numéro 4, « au cas où le créancier a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale, par suite d'un cas fortuit, imprévu et résultant d'une force majeure. » On demande si cette disposition est applicable à la destruction d'un testament. La cour de cassation a jugé l'affirmative par le motif que « l'article 1348, en prévoyant la destruction d'un titre par suite d'événements de force majeure, ne fait aucune distinction entre les actes contenant des dispositions de dernière volonté et les autres actes (1). » La décision est juste et incontestable, mais le motif ou du moins la rédaction de l'arrêt laisse à désirer. Il n'est pas exact de dire que l'article 1348 soit conçu en termes généraux comprenant toute espèce d'actes, les testaments aussi bien que les contrats. Le texte de la loi prouve le contraire; il y est question d'un *créancier* qui agit contre son *débiteur*, et qui n'a pas de preuve littérale de l'*obligation* contractée envers lui, alors que le montant de la dette dépasse cent cinquante francs. Or, le légataire n'est pas créancier, il est propriétaire; il n'agit pas en vertu d'un lien d'obligation, il revendique, et pour qu'il puisse agir, il doit toujours avoir un acte, car il agit en vertu d'un testament, c'est-à-dire d'un acte solennel; peu importe

(1) Rejet de la chambre civile, 12 décembre 1859 (Dalloz, 1860, 1, 334). Dans le même sens, Toulouse, 12 août 1862 (Dalloz, 1863, 2, 13); Orléans, 13 décembre 1862 (*ibid.*, p. 5).

donc le montant du litige. Si nous admettons avec la cour de cassation que l'article 1348, n° 4, est applicable aux actes de dernière volonté, c'est qu'il ne fait qu'appliquer un principe général de droit; on peut et on doit l'étendre par analogie à la perte d'un testament. La loi donne sa sanction aux actes juridiques qui se font en vertu de ses dispositions; c'est un principe élémentaire. Or, le testateur, on le suppose, a fait un testament dans les formes voulues par la loi; donc sa volonté doit recevoir son exécution. On oppose au légataire qu'il ne produit pas le testament; il répond en prouvant que le testament a existé et qu'il a été détruit par un événement de force majeure. Rejeter sa demande parce qu'il ne produit pas le testament qui n'existe plus, ce serait lui imposer une obligation impossible, et le législateur ne demande jamais l'impossible : à l'impossible nul n'est tenu. En ce sens, il est vrai de dire qu'il y a identité entre la perte d'un testament et la perte d'un écrit qui constate une convention.

116. Que doit prouver le légataire quand il agit en vertu d'un testament qu'il ne représente pas? Il faut distinguer s'il agit en vertu de l'article 1348, ou s'il soutient que la destruction est la suite d'un délit. Quand le légataire invoque l'article 1348, on applique les principes sur la preuve tels qu'ils sont modifiés par cette disposition. L'article 1348 admet le légataire à la preuve testimoniale; mais en quoi consiste cette preuve? et de quoi les témoins devront-ils déposer? L'article 1348 suppose qu'il y a eu un testament et que ce testament a été détruit par suite d'un cas fortuit. Il faut donc que le légataire prouve d'abord l'existence du testament, puis le cas de force majeure qui l'a détruit. Cela suffit-il? Non, car le testament est un acte solennel, il faut donc que le légataire prouve que le testament a été fait dans les formes légales. Vainement dirait-il que s'il produisait le testament, il n'aurait rien de plus à prouver, que ce serait alors au défendeur à prouver que le testament est irrégulier; qu'il en doit être de même s'il établit par témoins l'existence et la perte du testament, cette preuve lui tenant lieu de titre. La perte du testament intervertit nécessairement les rôles; celui

qui ne produit pas le testament n'a point de titre; s'il prétend qu'il y en avait un, c'est à lui de le prouver; or, il n'y a de titre que s'il est valable en la forme; le légataire ne peut pas rejeter la preuve sur l'héritier défendeur, car celui-ci ne peut pas combattre un titre qui n'est pas produit (1).

La preuve exigée par l'article 1348 est très-difficile; on a essayé de la faciliter, en recourant à des présomptions, et comme le code civil n'en établit point, on a eu recours au droit romain. Il a été jugé par la cour de Besançon que l'existence et la destruction du testament étant prouvées, il n'était pas nécessaire de prouver de plus la régularité du testament, la régularité étant présumée jusqu'à preuve contraire en vertu d'une loi du Digeste. Cette décision a été cassée. L'arrêt de cassation dit que la cour d'appel a fait une fausse application de la loi romaine, celle-ci n'ayant aucun rapport aux actes de dernière volonté (2). On est étonné de voir les juges décider les contestations en vertu du droit romain, alors que le droit romain est abrogé par le code civil. C'était dans les premières années qui suivirent la publication du code, alors que les esprits étaient encore imbus des traditions romaines; mais l'usage s'est maintenu dans certaines cours devant lesquelles on plaide, à en juger par les arrêts, comme si nous vivions encore sous l'empire du Digeste. Dans l'espèce, la question était d'une simplicité extrême, la cour de Besançon invoquait une présomption légale; or, il n'y a pas de présomption légale sans loi, et le code n'en établit point; quant au droit romain, il est abrogé. On trouve encore cette présomption dans un arrêt plus récent de la cour d'Aix; mais dans l'espèce, le testament avait été soustrait, il s'agissait donc d'un délit. Nous dirons à l'instant si cette circonstance modifie les principes concernant la preuve.

On a prétendu, devant la cour d'Aix, que pour prouver

(1) Orléans, 13 décembre 1862 (Dalloz, 1863, 2, 5). Comparez Toullier, t. III, 1, p. 370, n° 666; Troplong, t. II, p. 13, n° 1453; Demolombe, t. XXI, p. 30, n° 34.

(2) Cassation, 17 février 1807 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 2523).

la validité d'un testament que le légataire ne produirait point, il fallait qu'un nombre de témoins égal à celui que la loi exige pour la confection du testament attestât que les formalités ont été remplies. Cette exigence s'était déjà fait jour dans l'ancien droit; Furgole l'avait repoussée; la cour d'Aix en fit autant, et avec raison, car elle est tout à fait arbitraire, puisqu'elle n'a aucun fondement ni dans les textes ni dans les principes (1).

117. Quand le testament est détruit par un délit dont les parties intéressées à la destruction se sont rendues coupables, les principes que nous venons d'établir quant à la preuve reçoivent une modification. Tout le monde l'admet, mais il est difficile de la préciser, et surtout de la motiver. On lit dans un arrêt de la cour de cassation que le testament ayant été détruit par le fait des parties intéressées à son anéantissement, « cela suffisait pour justifier la *présomption de droit* que ledit testament était revêtu de toutes les formes capables de lui faire produire tout son effet (2). » L'expression est au moins inexacte. Une *présomption de droit* est une présomption établie par la loi, par opposition aux *présomptions de l'homme* qui sont abandonnées à la prudence du magistrat. Y a-t-il une présomption légale en faveur de la régularité du testament lorsque les parties intéressées le détruisent? Non, certes; la loi ne s'occupe même pas de la destruction du testament ni de l'action qui en naît au profit du légataire. C'est dire que l'on reste sous l'empire des principes généraux. Toullier admet la présomption, en se bornant à reproduire les termes de l'arrêt. Bayle-Mouillard dit que la destruction du testament prouve sa validité, la présomption étant pour la régularité. Toujours une présomption légale sans loi qui l'établisse. M. Demolombe formule le principe comme suit : « Quand la demande fondée sur la destruction d'un testament est formée contre l'auteur même de la destruction, la preuve de la régularité de

(1) Aix, 15 novembre 1842 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 2527). Comparez Furgole, *Des testaments*, chap. VI, sect. III, n° 106 (t. I, p. 524).

(2) Rejet de la chambre civile, 1er septembre 1812 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 2526).

l'acte n'est pas indispensable; comme c'est par le fait de l'auteur même de la destruction que la preuve de la régularité est désormais impossible, il devient lui-même garant de cette impossibilité. » L'expression est singulière; l'exception est fondée en équité, mais nous demandons un motif juridique. Enfin Troplong dit que le légataire, privé de son titre par l'héritier, n'a aucun moyen, par le fait de celui-ci, de se défendre contre son attaque (1). A vrai dire, c'est le légataire qui attaque, puisqu'il allègue un testament qui dépouille l'héritier; et n'est-ce pas au demandeur à prouver le fondement de sa demande?

Il nous semble que les auteurs se trompent ou s'expriment mal quand ils disent que, d'après les principes, ce serait au demandeur à prouver la régularité de l'acte. Il n'a qu'une chose à prouver, l'existence d'un testament. S'il le produisait, ce serait au défendeur à prouver que l'acte est irrégulier. Quand il ne le produit pas, le défendeur rejette la preuve sur le demandeur. Pourquoi? Parce qu'il est dans l'impossibilité de prouver l'irrégularité d'un acte que le demandeur ne produit pas. Or, peut-il dire qu'il lui est impossible de prouver que le testament est irrégulier, alors que lui-même l'a détruit? Il ne peut donc pas rejeter la preuve sur le légataire, parce que c'est à lui de prouver l'irrégularité, sauf lorsque l'acte n'est pas produit; il n'est pas dans l'exception, il est dans la règle, car il ne peut pas se soustraire à la règle par son fait, alors surtout que ce fait est un délit.

118. La preuve se fait par témoins dans le cas de l'article 1382, aussi bien que dans le cas de l'article 1348. Pour mieux dire, c'est toujours par application de la règle établie par l'article 1348 que la preuve testimoniale est admissible; la destruction d'un testament est un délit ou un quasi-délit; or, d'après l'article 1348, n° 2, les obligations naissant d'un délit ou d'un quasi-délit se prouvent par témoins indéfiniment, quel que soit le montant du litige; c'est l'application du principe en vertu duquel les

(1) Toullier, t. III, 1, p. 371, n° 666. Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, p. 240, note *e*. Demolombe, t. XXI, p. 29, n° 32. Troplong, t. II, p. 13, n° 1452.

règles sur la preuve testimoniale reçoivent exception lorsqu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale. Il est vrai que l'article 1348 est placé au titre des *Obligations conventionnelles ;* mais c'est un point admis par la doctrine et par la jurisprudence que les dispositions du code sur les preuves ont un caractère général. Il a été jugé notamment qu'elles sont applicables aux dispositions de dernière volonté. Cela ne nous paraît point douteux (1).

Les tribunaux se montrent difficiles, et avec raison, pour l'admission de la preuve testimoniale. Il faut toujours se défier des témoignages, et surtout quand il s'agit de dispositions de dernière volonté, que la loi entoure de tant de solennités afin de s'assurer qu'elles sont la vraie expression de la volonté du défunt. Le code n'exige pas de commencement de preuve par écrit, et l'interprète ne peut pas suppléer au silence de la loi. Mais il a été jugé que les faits allégués par le demandeur doivent être de telle nature que, s'ils étaient prouvés, ils établiraient l'existence du testament ; que par suite on ne doit pas l'admettre à la preuve, si les faits présentent des circonstances et des contradictions qui les rendent invraisemblables (2). Il y a une cour qui est allée plus loin ; elle déclare que la preuve n'est admissible que s'il y a des présomptions en faveur de l'existence du testament (3). N'est-ce pas dépasser la loi ? Elle n'exige pas de condition préliminaire ; la preuve par témoins est admise d'après le droit commun. Il suffit que les faits dont le légataire demande à faire preuve soient pertinents, mais il faut aussi qu'ils le soient. Si les faits, en les supposant prouvés, n'établissaient pas l'existence d'un testament, ni les droits du demandeur, la preuve devrait être rejetée en vertu de la vieille maxime qui ne veut pas que la preuve d'une chose inutile soit admise : *Frustra probatur quod probatum non relevat* (4).

(1) Rejet de la chambre criminelle, du 4 octobre 1816, et Rejet de la chambre des requêtes, du 24 juin 1826 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 2520).
(2) Paris, 17 août 1821 (Dalloz, n° 2522).
(3) Grenoble, 27 avril 1831 (Dalloz, n° 2521).
(4) Bordeaux, 24 mai 1813 (Dalloz, n° 2529).

119. Quel sera le résultat de la preuve? Si le légataire agit en vertu de l'article 1348, le résultat de la preuve sera très-simple : le testament détruit sortira ses effets comme s'il existait encore. Il n'y a pas lieu, dans ce cas, de condamner les héritiers à des dommages-intérêts, puisque l'on suppose que le testament n'a pas été détruit par leur fait. Si le légataire a agi contre les auteurs du fait en vertu de l'article 1382, son action est une action en dommages-intérêts, et elle est régie par le droit commun. Il a été jugé que les héritiers légitimes qui ont soustrait un testament olographe dont l'existence est prouvée par une enquête doivent être condamnés à payer, à titre de dommages-intérêts, les sommes dont les légataires avaient été gratifiés par le testateur (1). Dans l'espèce, il n'y avait guère de doute; les héritiers étaient coupables de soustraction frauduleuse, donc d'un délit civil, et par conséquent tenus de réparer tout le préjudice qu'ils avaient causé. Les tribunaux sont sévères quand le délit est constant et, à juste titre : les dommages-intérêts sont tout ensemble l'exécution du testament et une peine, la réparation civile du délit (2). Toutefois n'est-ce pas dépasser les limites, non-seulement d'une juste sévérité, mais aussi de la loi, que de poser comme règle que l'auteur de la destruction doit toujours être condamné à acquitter les legs dans leur intégralité? Les articles 1382 et 1383 ne prévoient pas seulement les délits; celui qui cause un dommage par son imprudence et sa négligence est aussi responsable; et s'il détruisait par négligence ou imprudence un testament, ne devrait-il pas réparer le dommage qu'il a causé? L'affirmative ne nous paraît pas douteuse. Mais la faute peut être plus ou moins grave; ne faut-il pas tenir compte de la gravité du quasi-délit pour déterminer le montant des condamnations? La question est générale, nous la renvoyons au titre des *Obligations*, qui est le siége de la matière.

120. Il se peut que le testament soit égaré par la né-

(1) Montpellier, 23 mai 1832 (Dalloz, n° 2531).
(2) Rouen, 13 août 1825, et Rejet, 27 février 1827 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 992).

gligence du légataire : peut-il invoquer l'article 1348? Le cas s'est présenté devant la cour de Lyon dans des circonstances qui paraissaient très-favorables au légataire; le testament avait été lu en présence de la famille assemblée, il avait été présenté au président du tribunal qui en avait ordonné le dépôt dans l'étude d'un notaire; il avait été enregistré. Néanmoins la cour rejeta la demande. « Si, dit l'arrêt, de telles preuves étaient admises, les sages dispositions de la loi seraient facilement éludées; il suffirait de présenter au président un testament supposé, qu'on supprimerait ensuite pour rendre impossible la vérification de l'écriture et de la signature; le repos et la sûreté des familles en seraient ébranlés. » Ces motifs, quoi qu'on en dise, ne sont pas très-juridiques (1). Les inconvénients qu'offre l'application d'une loi ne sont pas des raisons pour ne pas l'appliquer. Il faut démontrer que l'article 1348 est inapplicable. Or, les termes de la loi prouvent que le fait de perdre un titre par négligence ou imprudence n'autorise pas le demandeur à se prévaloir de l'exception qu'elle établit. Pour que le créancier soit admis à prouver par témoins l'obligation constatée par un titre, il ne suffit point qu'il y ait eu un titre, il faut encore que le demandeur établisse qu'il l'a perdu par un cas fortuit, imprévu et résultant d'une force majeure. On voit que la loi accumule les expressions pour marquer que le fait de la perte doit résulter, non de la faute du créancier, mais d'un événement de force majeure qui l'a mis dans l'impossibilité de produire son titre; ce que l'on ne peut certes pas dire du légataire qui a égaré le testament.

121. Alors même que le testament aurait péri par un cas fortuit, il se peut que la demande du légataire ne soit pas recevable. Si la destruction a eu lieu du vivant du testateur et qu'il en ait eu connaissance, il y aura révocation tacite par le fait que le testateur, sachant que son testament est détruit et n'en faisant pas un autre, manifeste par là la volonté de ne pas maintenir ses dispositions. Nous reviendrons sur ce point en traitant de la révocation des legs.

(1) Demolombe cite l'arrêt et l'approuve (t. XXI, p. 33, n° 35).

122. Que faut-il décider si le défunt, voulant tester, en a été empêché par l'héritier légitime, intéressé à ce qu'il n'y ait pas de testament? Si l'héritier a employé le dol ou la violence, tout le monde est d'accord pour donner action à celui que le défunt voulait gratifier et qu'il aurait gratifié s'il avait pu librement manifester sa volonté. C'est une action en dommages-intérêts fondée sur les articles 1382 et 1383. Le demandeur doit prouver d'abord que le défunt avait manifesté la volonté sérieuse de tester en sa faveur, puis qu'il en avait été empêché. A première vue, on pourrait croire que la demande tend à donner effet à un legs verbal, ce qui serait contraire à la loi. En réalité, le demandeur ne conclut pas à l'exécution des dispositions que le défunt aurait voulu faire en sa faveur; une pareille action serait non recevable; il conclut à des dommages-intérêts, à raison du fait qui, en le privant du bénéfice des dispositions que le défunt aurait prises, lui a causé un dommage.

Le principe n'est pas douteux, il est écrit dans l'article 1382; c'est la réparation d'un délit. Mais les auteurs ne s'accordent pas sur les caractères que le délit doit présenter pour donner lieu à une action. Les uns veulent qu'il y ait dol ou violence (1); d'autres posent le principe dans des termes encore plus restrictifs, ils exigent un empêchement physique, une impossibilité absolue de tester (2). D'après Grenier, il suffit que le défunt n'ait pu tester selon sa volonté, par suite de toute violence morale, de tout moyen astucieux, de tout artifice malicieux (3). Nous croyons que cette dernière opinion se rapproche plus des vrais principes. Sur quoi est fondée l'action? Sur l'article 1382; or, cette disposition est conçue dans les termes les plus généraux : « *Tout fait quelconque de l'homme* qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. » Le défunt voulait tester, il l'aurait fait sans l'empêchement qu'y a mis l'héritier.

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 424, § 647, d'après Furgole, chap. VI, sect III, nº 106 (t. I, p. 524).
(2) Vazeille, t. II, p. 379, nº 2 de l'article 969.
(3) Grenier, t. I, p. 668, nº 147 *bis*.

Quelle doit être la nature de cet empêchement? C'est une question de fait et de circonstances. On peut invoquer en faveur de cette interprétation l'autorité de Furgole. « Cette action, dit-il, compète contre ceux qui ont causé le dommage, en empêchant la faction du testament. Il suffit qu'ils aient causé le dommage par leur *fait*, pour qu'ils doivent être condamnés à le réparer. » Dans l'application du principe, les tribunaux ont nécessairement une grande latitude d'appréciation, et ils se montreront en général sévères. Car il y a un danger; il ne faut pas que des paroles prononcées à la légère deviennent une occasion de procès et aboutissent à des condamnations. Mais s'il est prouvé que l'intention de tester était sérieuse et que le testament n'a pas été dressé par le fait des héritiers, la justice demande que ceux-ci réparent le dommage qu'ils ont causé.

La cour de Turin a jugé qu'il y avait lieu de condamner à des dommages-intérêts les héritiers qui avaient dit à un mourant, au moment où il allait faire son testament, que cela était inutile, qu'ils s'engageaient à remplir ses dernières volontés, comme si elles étaient écrites dans les formes. Cette décision a été cassée sur un réquisitoire de Merlin. On discute encore aujourd'hui sur le bien ou le mal jugé de l'arrêt de Turin. Grenier dit que l'on sera toujours touché de la sagesse des motifs qui l'ont dicté et de la saine érudition qui en a été la base. Vazeille le critique, au contraire, avec vivacité (1). Nous n'entrons pas dans ce débat. La question de principe est tranchée par l'article 1382 sur lequel nous reviendrons, et l'application est abandonnée à la sagesse du juge.

123. Il y a un arrêt qui conteste le principe même de l'action que nous reconnaissons à celui qui est lésé par l'empêchement que l'héritier a apporté à la manifestation des dernières volontés du défunt. On ne peut, dit la cour de Montpellier, à l'aide de témoignages oraux, créer des dispositions testamentaires. Or, lorsqu'une personne a

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Testament*, sect. IV, § III (t. XXXIV, p. 235). Grenier, t. I, p. 659-668, n°s 147 et 147 *bis*.

manifesté l'intention de faire certaines libéralités qu'elle ne réalise point parce qu'elle en est empêchée par l'héritier intéressé, sa volonté demeure aux termes d'un simple projet et ne peut produire aucun effet; car il n'y a d'autres dispositions testamentaires que celles qui se font par actes publics ou privés rédigés dans les formes prescrites par la loi. De là la cour conclut que la preuve testimoniale est inadmissible pour en induire soit une action en revendication de la chose léguée verbalement, soit une action tendant à obtenir des dommages-intérêts équivalents (1).

Furgole a d'avance répondu à cette argumentation (2). La cour de Montpellier lui a emprunté une partie de ses paroles. On avait soutenu que les légataires présomptifs avaient une action directe contre l'héritier pour se faire délivrer ce que le défunt avait eu intention de leur laisser. L'erreur était évidente. Ce serait faire valoir une disposition verbale et non constatée par un acte revêtu des formalités prescrites, et admettre la preuve testimoniale d'une pareille disposition, alors que l'ordonnance de 1731 prohibe formellement les dispositions verbales. La cour a donc bien jugé en décidant que les légataires présomptifs n'avaient pas l'action en revendication des biens légués; ils ne pouvaient avoir aucune action en vertu d'un testament qui n'existait point. Mais la cour s'est trompée en confondant l'action en dommages-intérêts avec l'action qui naît du testament. Furgole dit très-bien : « Comme il ne serait pas juste que ceux que le défunt a eu une sincère volonté de gratifier souffrissent du dommage par le fait de ceux qui ont empêché la bonne volonté du défunt en l'empêchant de disposer, on doit leur accorder une action pour réparer le dommage. Cette action compète contre ceux qui ont causé le dommage. » Elle diffère du tout au tout de l'action qui naît du testament. Furgole en donne une preuve irrésistible. L'action née du testament ne se donne que contre les héritiers; tandis que l'action en dom-

(1) Montpellier, 22 mai 1850 (Dalloz, 1851, 5, 743).

(2) Furgole, chap. VI, sect. III, n°s 121-123 (t. I, p. 530). Comparez Dalloz, n° 2536.

mages-intérêts peut être formée contre tous ceux qui ont empêché la faction du testament, fussent-ils étrangers. Les demandeurs agissent-ils comme légataires? Non, certes, ils agissent parce que le défendeur les a empêchés de devenir légataires. Demandent-ils le payement des legs? Non, ils réclament des dommages-intérêts en compensation des legs qui ne leur ont pas été faits. Il y a un arrêt bien motivé en ce sens de la cour de Toulouse (1).

124. Quelle sera la quotité des dommages-intérêts? On enseigne que les dommages-intérêts peuvent aller et doivent justement s'élever au montant des legs qu'aurait offert le testament s'il eût été réalisé. C'est ce qu'avait décidé la cour de Turin dans l'arrêt qui a donné lieu à de si vifs débats (2). La cour de Bruxelles a jugé dans le même sens. Un testateur est empêché d'apporter des modifications à un testament par celui qui y est institué; l'arrêt, se fondant sur les termes généraux de l'article 1382, décide qu'il y a lieu d'accorder des dommages-intérêts à ceux qui auraient profité du nouveau testament; mais dans quelle mesure? Il résultait de l'enquête que le testateur était d'intention de laisser le tiers de ses biens aux demandeurs; la cour leur alloua ce tiers à titre de dommages-intérêts (3). Faut-il faire de ces décisions une règle absolue? ou l'article 1382 permet-il aux tribunaux de proportionner les dommages-intérêts, non-seulement d'après le dommage causé, mais aussi d'après la gravité de la faute? Nous reviendrons sur la question au titre des *Obligations*.

N° 3. DU TESTAMENT INCOMPLET.

I. *Des cas dans lesquels le testament peut être complété.*

125. Un testament est incomplet, il y manque des mots qui rendent la volonté du testateur incertaine. Peut-

(1) Toulouse, 16 mai 1865 (Dalloz, 1865, 2, 202).
(2) Turin, 30 mars 1809 (Dalloz, n° 2513, 1°). Vazeille, t. II, p. 376, n° 2 de l'article 969.
(3) Bruxelles, 5 mars 1829 (*Pasicrisie*, 1829, p. 88).

on le compléter par la preuve testimoniale? Si la lacune peut être comblée par les indications mêmes que contient le testament, il n'y a aucun doute. Le testament est l'expression des dernières volontés du défunt; si la manifestation des volontés du testateur est douteuse, il y a lieu de l'interpréter; l'interprétation est le droit et le devoir du magistrat. Vainement dirait-on qu'il crée par là des dispositions qui n'existaient pas. Non; en interprétant la volonté il ne fait que la rendre plus claire; c'est donc toujours la volonté du défunt qui fait loi. La cour de cassation a appliqué le principe au cas où le testateur avait laissé le nom du légataire en blanc; il disait : « J'institue ma légataire universelle une demoiselle'..., demeurant avec sa mère rue des Trois Frères, n° 15. » La cour de Paris décida que la légataire était une demoiselle qui habitait effectivement avec sa mère dans la maison que le testateur indiquait. On attaqua l'arrêt par le motif que la cour avait créé une disposition testamentaire. La cour de cassation rejeta le pourvoi (1). Il n'était pas exact de dire que le legs était nul faute de légataire et que la cour avait fait le legs en créant le légataire; celui-ci était suffisamment désigné; c'était donc une simple interprétation des termes du testament, ce qui entre certes dans les attributions du juge.

126. Il en est de même si le testament ne désigne pas la chose léguée. Si, dit Pothier, on peut d'ailleurs la connaître, le legs sera valable. C'est dire qu'il y a lieu à interprétation (2). L'application du principe a donné lieu à une difficulté sur laquelle la cour de cassation s'est trouvée en désaccord avec la cour de Paris. Une aïeule lègue à son petit-fils une rente viagère, alimentaire, incessible, sans en dire le montant. Le tribunal de la Seine fixa la rente à 1,200 francs. Il n'y avait aucun doute, dit-il, sur la volonté de la testatrice qu'à son décès son petit-fils eût la jouissance d'une rente viagère. Appartenait-il au tri-

(1) Rejet, 23 décembre 1828 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 332, 1°). Troplong, t. II, p. 13, n° 1456. Demolombe, t. XXI, p. 37, n° 38.

(2) Pothier, *Introduction au titre XVI de la coutume d'Orléans*, n° 22. Troplong, n° 1455. Demomombe, t. XXI, p. 39.

bunal d'en déterminer le montant? Oui, si le testament lui fournissait les éléments nécessaires. Or, la testatrice voulait que la rente eût un caractère alimentaire; elle devait donc être proportionnée aux besoins du légataire, à sa position et à la fortune de la défunte. C'est d'après ces données que le tribunal fixa la rente à 1,200 francs. La cour d'appel infirma le jugement, en se fondant sur les circonstances dans lesquelles le testament avait été rédigé. Il résultait des déclarations du légataire que la testatrice avait fait demander à son notaire un modèle de testament pour léguer à son petit-fils une rente de 3,000 fr.; le modèle était conçu en ce sens; la testatrice le copia, sauf les mots qui indiquaient le montant de la rente. Qu'en fallait-il conclure? C'est que la testatrice n'était pas décidée sur le chiffre de la rente qu'elle voulait léguer, donc sa volonté était incomplète, et il n'appartient pas aux tribunaux de mettre leur volonté à la place de celle du défunt. Sur le pourvoi, l'arrêt fut cassé. L'arrêt de la cour de cassation est remarquable. Si l'on avait pu prendre en considération les circonstances de la cause, l'arrêt de la cour de Paris aurait dû être maintenu. Mais la cour pouvait-elle invalider une disposition qui présentait un sens précis, clair et complet? D'après le texte du testament, la volonté de la testatrice était achevée, donc il fallait lui donner son exécution. Que dit la cour de Paris pour décider que la volonté était restée incomplète? Elle s'est fondée sur des circonstances extrinsèques pour détruire la déclaration de volonté portée à l'acte. C'est violer l'article 970, dit la cour suprême, puisqu'on annule un testament valable en la forme et complet quant à la manifestation de la pensée (1).

127. Il est encore admis par la doctrine et par la jurisprudence que l'on ne peut pas, en recourant aux circonstances dans lesquelles le testament a été fait, y introduire une condition, une modalité quelconque, que ses termes ne comportent point. Un testateur écrit son testament la veille du jour où il devait se battre en duel; le

(1) Cassation, 1er juillet 1862 (Dalloz, 1862, 1, 357).

legs est pur et simple; seulement préoccupé du danger qui le menaçait, le testateur ajoute *en cas de mort*. Se fondant sur cette expression et sur les circonstances dans lesquelles le testament avait été fait, le tribunal admit les héritiers à prouver que les mots *en cas de mort* exprimaient une condition. Sur l'appel, le jugement fut infirmé par la cour de Caen. Le testateur, dit l'arrêt, n'a fait aucune allusion au duel, pas un mot ne fait supposer une condition quelconque; les mots *en cas de mort* expriment que le testateur disposait pour le temps où il ne serait plus. Admettre la preuve testimoniale, dans l'espèce, ce serait introduire dans le testament une condition qui n'y est pas, c'est-à-dire altérer la volonté du défunt au lieu de l'interpréter. Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet (1).

128. Nous arrivons à une difficulté sérieuse; le juge peut-il interpréter le testament par des preuves extrinsèques qui font connaître la véritable volonté du testateur? Dans les conventions, cela ne fait aucun doute. Au point de vue rationnel, on pourrait croire qu'il en doit être de même des testaments. Qu'est-ce que le testament, sinon l'expression de la volonté du défunt? Dès lors ne faut-il pas recourir à toutes les preuves légales pour la connaître avec certitude? Il y a une raison de différence entre les testaments et les contrats, et elle est capitale. S'agit-il de conventions, la difficulté ne consiste qu'à prouver quelle est la volonté des parties contractantes; le seul souci du législateur est de se prémunir contre les dangers de la preuve testimoniale. Il n'en est pas de même des testaments. Il y a des formes prescrites pour l'existence des dispositions testamentaires; on ne peut donc pas établir la volonté du testateur par toute espèce de preuves légales; la volonté de tester n'existe aux yeux de la loi que si le défunt l'a manifestée dans les formes qu'elle détermine. Il suit de là que l'on ne peut pas recourir à la

(1) Caen, 8 décembre 1840, et Rejet, 8 mars 1842 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 2511). Demolombe, t. XXI, p. 40. Comparez plus haut, n°s 111 et 112.

preuve testimoniale pour créer, modifier, altérer une disposition de dernière volonté.

Sur ce point, il n'y a aucun doute. Est-ce à dire que dans aucun cas on ne puisse invoquer des circonstances extérieures et par suite la preuve testimoniale pour interpréter la pensée du testateur? On n'a jamais entendu le principe de la solennité avec cette rigueur. Pothier pose la règle suivante : « On peut juger de ce que le testateur a eu en vue par les différentes *circonstances* tirées de l'*usage* du testateur, de *celui* du *pays* où il vivait, de la *qualité* de la personne du légataire, de l'*amitié* que le testateur lui portait et autres. » Comment prouve-t-on ces circonstances, cet usage, ces liaisons? Par témoins; car ce sont des faits matériels. Donc la preuve testimoniale est admissible pour interpréter les testaments(1). La doctrine des auteurs modernes est en harmonie avec la tradition, et l'opinion générale est fondée en raison. Sans doute, il faut que la volonté du testateur s'exprime dans les formes légales; mais, bien que manifestée légalement, elle peut être obscure, incertaine. Faut-il l'annuler à raison de cette obscurité ou de cette incertitude? Ce serait pousser le respect des formes jusqu'à l'absurde et tourner les solennités contre le testateur, dans l'intérêt duquel elles ont été établies. On veut assurer la liberté du disposant, et à force de vouloir l'assurer, on l'annule!

Nous voilà en présence de deux règles qui paraissent contradictoires. L'une dit : La preuve testimoniale n'est pas admissible pour créer, modifier, altérer une disposition testamentaire. L'autre dit : On peut toujours interpréter la volonté du testateur par les circonstances, donc par des faits extérieurs, donc par la preuve testimoniale. Comment distinguer ce qui est simple interprétation et ce qui est disposition? Il arrive tous les jours que les interprètes de la loi se font législateurs, en dépassant la loi, en la faisant. Le danger n'est-il pas mille fois plus grand lorsqu'il s'agit des dispositions de l'homme, alors que le

(1) Pothier, *Introduction au titre XVI de la coutume d'Orléans*, n° 154. Troplong, n° 1461. Demolombe, t. XX, p. 34, n° 37.

juge subit nécessairement l'influence du fait, porté tantôt à maintenir le testament, tantôt à l'annuler, selon qu'il lui paraît mériter faveur ou défaveur? Le danger est certain, mais l'abus que l'on peut faire de l'interprétation ne détruit pas le droit et le devoir d'interpréter, sauf à maintenir, avec sévérité, dans la doctrine et dans l'application, la ligne de démarcation entre le pouvoir de l'interprète et le pouvoir du testateur.

129. La jurisprudence n'a pas la précision et la certitude désirables. Elle pose des règles absolues, tandis qu'il faudrait toujours faire des réserves. On lit dans un arrêt de la cour de cassation que nous avons déjà cité (n° 60) : « C'est dans le testament lui-même, d'après leurs lumières et leur conscience, que les magistrats doivent puiser les motifs de décider, et non dans les dépositions de témoins. En effet, depuis l'ordonnance de 1735, dont les principes ont passé dans le code civil, la loi n'admet la preuve testimoniale *ni pour créer des dispositions* qui ne sont pas écrites dans le testament, *ni pour expliquer celles qui sont obscures*, ni pour révoquer ou modifier celles qui sont rédigées dans les formes prescrites, *ni*, en un mot, *pour rechercher la volonté du testateur* (1). » C'est trop dire. Non, le juge ne peut pas *créer des dispositions* par n'importe quelle preuve, car il n'est pas testateur. Mais quand le testateur a parlé, le juge ne peut-il pas expliquer ce qui est obscur, ne peut-il pas rechercher la volonté du testateur? Et s'il ne la trouve pas dans le testament, ne peut-il pas la chercher dans les circonstances? Dire non, en termes absolus, comme le fait la cour de cassation, c'est se mettre en opposition avec la tradition, sans que l'on aperçoive aucune raison de cette dérogation que l'on apporte à l'ancien droit. Nos principes sont ceux de l'ordonnance de 1735; il faut donc interpréter le code comme Pothier interprétait l'ordonnance. C'est ce que la cour de cassation reconnaît dans un arrêt plus récent : « Pour interpréter une disposition de dernière volonté, dit-elle,

(1) Voyez à peu près dans le même sens, Amiens, 13 juillet 1822 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 2474); Gand, 28 juillet 1837 (*Pasicrisie*, 1837, 2, 193).

les juges peuvent recourir aussi bien aux preuves extérieures qu'aux énonciations mêmes du testament (1). »

Par contre, on lit dans un arrêt de la cour d'Orléans : « Lorsque les clauses d'un testament présentent des ambiguïtés ou quelque apparence de contradiction, le soin de les éclaircir est confié au magistrat qui, dans ce cas, est regardé *par la loi* comme un *second testateur* (2). » C'est aller beaucoup trop loin, et l'on comprend que la cour de cassation ait repoussé une doctrine aussi dangereuse que fausse, en contestant aux tribunaux tout pouvoir d'interpréter la volonté du testateur, sauf par le testament même. Non, le juge n'est jamais un *second testateur*, pas plus qu'il n'est un second législateur (3). Il est lié par les clauses du testament, comme il est lié par le texte des lois. Mais aussi il n'est pas tellement enchaîné qu'il ne puisse rechercher la volonté du testateur. Interpréter la volonté du disposant, ce n'est pas créer une disposition, c'est la rendre plus claire, plus certaine. Qu'il y ait un danger dans ce pouvoir d'appréciation, nous ne le nions pas ; le même danger existe dans l'interprétation des lois. C'est à la prudence du magistrat d'éviter l'écueil en se bornant à expliquer la volonté du défunt, sans la faire.

Nous reviendrons sur ces principes en traitant de l'interprétation des legs. Pour le moment, nous nous bornons à citer un exemple emprunté à la jurisprudence. On demande l'exécution d'un prétendu legs conçu dans les termes les plus étranges. C'est une lettre adressée à la personne que le disposant voulait gratifier. Celui qui écrit traite son correspondant de « bougre d'animal, » ce qui ne l'empêche pas de lui donner 100,000 francs, payables six mois après le décès de ses enfants et petits-enfants. Est-ce un legs? est-ce une donation? est-ce une substitution? Nous aurions décidé que c'était une donation conditionnelle, nulle par conséquent pour vice de formes. La cour de Limoges a jugé que c'était un legs. Si elle l'avait

(1) Rejet, 31 juillet 1872 (Dalloz, 1873, 1, 104).
(2) Arrêt du 23 janvier 1818, cassé par l'arrêt que nous avons cité, n° 60.
(3) La cour de cassation a cassé un arrêt de la cour de Montpellier qui avait refait un testament. Cassation, 20 janvier 1868 (Dalloz, 1868, 1, 12).

décidé ainsi en s'en tenant aux termes de l'acte, sa décision eût été à l'abri de toute censure. Mais elle invoqua le résultat des enquêtes et les divers documents de la cause. L'arrêt fut cassé. Nous transcrivons les motifs donnés par la cour suprême; ils sont considérables. « Le testament est un acte solennel qui, pour le fond comme pour la forme, doit contenir en lui-même la preuve des conditions essentielles à sa validité. En cas de contestation sur ce point, c'est dans l'acte même, et non ailleurs que les juges doivent puiser les éléments de leur décision. » Dans l'espèce, le motif de décider était juste, comme nous allons le dire. Mais n'est-il pas formulé d'une manière beaucoup trop absolue? La loi montre une rigueur extrême quand il s'agit des formes du testament, toutes sont prescrites sous peine de nullité. S'agit-il du fond, le code pose un principe bien plus large; il laisse au testateur une entière liberté de manifester sa volonté comme il l'entend (article 967). Ici donc intervient le pouvoir de l'interprète; son droit est incontestable, il s'agit seulement d'en préciser les limites. Y avait-il lieu, dans l'espèce, de recourir à des enquêtes et aux documents de la cause pour déterminer le caractère de l'écrit? Les héritiers soutenaient que la lettre litigieuse ne pouvait valoir comme testament, soit parce qu'elle renfermait une donation non revêtue des formalités légales, soit parce qu'elle ne révélait pas de la part de son auteur l'intention sérieuse de disposer d'une partie si importante de sa fortune. Naissait la question de savoir si, pour décider s'il y avait donation ou legs, la cour pouvait se baser sur des enquêtes et sur les divers documents de la cause. Non, dit la cour de cassation, car ce serait établir par témoins que le défunt a eu l'intention de faire un testament, ce serait donc admettre une disposition testamentaire en vertu de simples témoignages, ce qui est contraire au principe de la solennité des testaments (1).

(1) Cassation, 13 juin 1866 (Dalloz, 1866, 1, 473).

II. *Le testateur peut-il se référer à d'autres écrits?*

130. Peut-on tester par relation à un autre acte non revêtu des formalités d'un acte testamentaire? Cette question est très-controversée. Les auteurs ne s'accordent pas entre eux, et la jurisprudence s'écarte de la doctrine des auteurs. Merlin commence par poser en principe que l'obligation d'exprimer une chose dans un acte quelconque est remplie par la relation de cet acte à un autre dans lequel la chose est exprimée (1). Ce principe s'applique-t-il aux testaments? Dans cette généralité, non; cela est certain. Mais en quoi consiste l'exception et quelles en sont les limites? Ce qu'il y a de spécial dans les testaments, c'est que ce sont des actes solennels, c'est-à-dire que la volonté du testateur doit se manifester dans certaines formes. Ainsi quand le testateur veut tester dans la forme olographe, il doit écrire le testament, le dater et le signer (art. 970); quand il veut faire un testament par acte public, il doit dicter ses dispositions, c'est le notaire qui les écrit, le tout en présence de deux ou de quatre témoins; nous négligeons les formalités de détail (art. 971-974). Il résulte de là que le testateur n'a point la liberté dont jouissent les parties contractantes qui dressent acte de leurs conventions; celles-ci ne sont tenues, en règle générale, qu'à signer l'écrit. De là suit que toute disposition émanée du défunt n'est pas un testament; pour qu'elle vaille comme disposition de dernière volonté, il faut que le testateur ait observé les formes du testament qu'il a choisi: testament olographe, par acte public ou mystique. Ce principe s'applique-t-il aux relations? les écrits auxquels le testateur renvoie dans son testament doivent-ils être revêtus des formes prescrites pour le testament même?

Pour répondre à la question, il faut préciser ce que l'on entend par relation. Si le testateur s'en réfère à un autre écrit, c'est parce que cet écrit complète l'expression de sa pensée. Donc l'écrit, dans l'intention du testateur, fait

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Testament*, sect. II, § I, art. IV, n° I (t. XXXIII, p. 331).

partie du testament. Or, pour qu'il fasse partie du testament, il faut qu'il s'identifie avec lui, de manière que le testament et l'écrit ne fassent qu'un seul et même tout. Si l'écrit auquel le testament se réfère est revêtu de toutes les formes du testament, de sorte qu'il serait valable comme tel, il n'y a aucune difficulté, il y aura deux testaments, et il va sans dire que deux testaments peuvent se compléter l'un l'autre, quels qu'ils soient; un testament authentique peut être complété par un testament olographe, et un testament olographe par un testament authentique. Mais est-il nécessaire que le premier écrit auquel le testateur se réfère soit un testament? Nous croyons qu'il faut distinguer entre le testament olographe et le testament authentique. Dans le testament olographe, le testateur intervient seul; l'essence de ce testament est que le testateur l'écrive; mais il n'est pas requis qu'il l'écrive sur une seule feuille, il peut l'écrire sur plusieurs; il suffit, dans ce cas, que le testateur date et signe la dernière feuille. Si, au lieu d'écrire ses dispositions sur plusieurs feuilles, en un contexte, le testateur se réfère à un écrit qu'il a dressé, cet écrit fera partie de son testament, aussi bien que s'il le recopiait pour l'insérer dans son testament. Il suffira donc qu'il ait écrit l'acte auquel il se réfère, il n'est pas nécessaire que l'acte soit un testament; par la relation, cet acte devient une clause, une partie intégrante du testament olographe. Le testateur ayant disposé dans les formes voulues par la loi, son testament doit être valable.

Ces principes reçoivent-ils leur application au testament par acte public? C'est-à-dire suffit-il que l'écrit auquel le testateur se réfère émane de lui, pour qu'il soit considéré comme une partie intégrante du testament? En principe, non. La raison en est que le testament authentique est soumis à des formes spéciales, toutes prescrites sous peine de nullité; il faut que le testateur dicte ses dispositions et que le notaire les écrive. Voilà l'essence du testament. De là suit que la relation à un autre écrit ne se conçoit pas dans un testament par acte public; car cet autre acte, quoique émané du testateur, n'est pas dicté par lui et écrit par le notaire; donc ce n'est pas une dis-

position testamentaire qui puisse faire partie intégrante du testament. Vainement le testateur en donnerait-il lecture et déclarerait-il qu'il entend que l'écrit fasse partie du testament; la déclaration serait inopérante, car il serait toujours vrai que cet écrit n'est ni dicté par le testateur, ni écrit par le notaire; donc ce n'est pas une disposition testamentaire reçue dans les formes légales, partant elle ne peut pas être considérée comme partie du testament.

131. Dans l'ancien droit, notamment dans notre droit belgique, on allait plus loin; on admettait que tout écrit auquel le testateur se référait faisait partie du testament. « Le testateur, dit Montvallon, peut déclarer qu'il veut que le mémoire qui sera écrit de sa main et qui aura rapport au présent testament sera exécuté par son héritier. Cet écrit ou mémoire *prend la force du testament* (1). » Cela était de jurisprudence. Stockmans cite plusieurs arrêts rendus en ce sens, et il en déduit la règle qu'aucune solennité n'est requise dans les écrits auxquels le testateur se réfère. Tout ce que l'on exigeait, c'est qu'il fût prouvé, d'après le droit commun, que les écrits émanaient du testateur; ils étaient considérés comme dispositions testamentaires par l'effet de la relation qui se trouvait dans le testament. De sorte que des écrits sous seing privé auxquels le testateur se référait valaient comme testament authentique, en vertu de la volonté du testateur; ce qui aboutissait à cette conséquence qu'il dépendait du testateur d'affranchir une partie de ses dispositions des solennités légales. Stockmans rapporte une décision en ce sens; le testateur avait dit dans l'acte de suscription d'un testament mystique : « Je veux que tout ce qui sera ci-après écrit de ma main, à l'effet de changer, diminuer ou augmenter ma présente disposition, soit valable, *réputé fait avec les solennités requises* et inséré dans ce testament (2). » C'était aller trop loin; dès qu'il y a des solennités légales, il ne dépend pas du testateur de s'en affranchir en déclarant qu'un écrit non solennel sera réputé

(1) Montvallon (cité par Merlin), *Traité des successions*, chap. VI, art. XX, n° 8.

(2) Stockmans, *Decisiones Brabantinæ*, §§ 11-14.

solennel. Toujours est-il que, dans l'ancien droit, on ne doutait pas de la validité des testaments par acte public qui se rapportaient à des écrits privés, dressés sans aucune des formalités requises pour les dispositions testamentaires (1).

132. Dans l'ancien droit, on se fondait sur des lois romaines. Merlin dit qu'on les interprétait mal. Nous n'entrons pas dans ce débat tout à fait inutile. La question doit se décider d'après le code civil. Il ne défend pas de tester par relation à un autre acte. La prohibition résulte-t-elle des principes qu'il consacre sur la forme des testaments? Les auteurs modernes enseignent, en général, que l'on ne peut pas disposer par simple relation à un acte qui ne réunirait pas les formes prescrites pour la validité des testaments. Les dispositions testamentaires, dit-on, doivent se trouver dans le testament même, et elles n'y sont pas quand elles ne sont écrites que dans un acte qui ne peut valoir comme acte testamentaire; c'est par le testament que l'on dispose et non par un acte qui n'est pas un testament (2). Nous admettons le principe, et nous en avons fait l'application au testament par acte public (n° 131); mais quand le testament est olographe et que l'acte auquel le testateur se réfère est écrit par lui, le testateur ne peut-il pas dire : Je veux que cet écrit émané de moi fasse partie de mon testament? Quel est le texte, quel est le principe qui s'y opposent?

On cite les articles 893 et 895. Il est de l'essence du testament, dit-on, que le testateur dispose de tout ou partie de ses biens (art. 895) et qu'il n'en dispose que dans les formes déterminées par la loi. Or, quand on renvoie à un acte autre qu'un testament pour faire connaître ses volontés, les dispositions se trouvent faites par un acte auquel la loi refuse la puissance de disposer, et il n'est pas au pouvoir du testateur de conférer à cet acte une force que la loi ne lui donne pas. Donc il y a contraven-

(1) Arrêt de Turin, 17 floréal an XI, rapporté par Merlin, *Répertoire*. t. XXXIII, p. 332.
(2) Duranton, t. IX, p. 11, n° 12.

tion aux articles 893 et 895 (1). Nous avons fait droit d'avance à l'objection ; elle s'applique au testateur de Stockmans qui déclare qu'un écrit non solennel sera réputé fait avec les solennités requises (n° 133) ; elle s'applique à la jurisprudence qui, comme nous allons le dire, admet qu'on peut se référer, au moins dans de certaines limites, à des écrits non revêtus des solennités testamentaires. Mais quand un testateur, qui dispose dans la forme olographe, dit qu'il entend que tel écrit auquel il se réfère fasse partie de son testament, où est la violation des articles 893 et 895? Il ne viole pas l'article 893, puisqu'il dispose dans les formes olographes ; en effet, l'acte auquel il se réfère est écrit par lui ; par la relation cet acte fait partie du testament, il est donc daté et signé ; toutes les formes sont remplies : pourquoi donc y aurait-il nullité? Par la même raison, l'article 895 n'est pas violé ; car le testateur dispose dans un acte testamentaire, l'écrit auquel il se réfère étant compris dans le testament par la puissance de la relation.

Pour combattre les relations, on fait une série d'objections, sous forme de comparaisons, qui toutes s'adressent à l'ancienne doctrine, trop absolue, et que nous avons nous-même critiquée. Regarderait-on comme valable, dit-on, la déclaration consignée dans un acte écrit en entier, daté et signé, que le testateur lègue la somme qu'il a déclaré laisser au légataire en présence de tels témoins? Non, certes, car ce serait un legs verbal, et le testateur n'a pas le pouvoir de transformer un testament oral en un testament solennel. Mais celui qui se réfère à un écrit, comme nous l'avons supposé, teste dans les formes légales, puisque cet écrit émane de lui et forme partie de son testament.

Tester par relation, dit Merlin, c'est éluder les formalités que le législateur a prescrites comme indispensables. C'est comme si l'on prétendait, ajoute-t-il, qu'un contrat de mariage est valable par la relation qu'il ferait à un acte sous seing privé dans lequel les époux auraient pré-

(1) Coin-Delisle, p. 326, n° 9 de l'article 967. Merlin, t. XXXIII, p. 331.

cédemment réglé leurs droits respectifs. Nous ne prétendons pas cela, car nous avons dit tout le contraire. L'objection s'adresse à Stockmans et, en un certain sens, à la jurisprudence (1).

M. Demolombe fait des hypothèses plus étranges encore. Un testateur dit dans un testament quelconque : « Je veux que les dispositions que j'ai déjà faites ou que je ferai par la suite par un acte écrit par un tiers et signé par moi, ou même dans un acte quelconque, soient valables en vertu de ce testament, et comme si elles y étaient renfermées. » Il est évident, dit l'auteur, que cette disposition serait nulle. Cela est, en effet, si évident, que nous ne comprenons pas que l'on pose une question pareille. Autre hypothèse, tout aussi peu probable : « J'institue pour mon héritier celui de mes frères dont le nom sera écrit sur une feuille de papier qu'on trouvera dans le second tiroir de mon secrétaire. » La disposition est nulle, dit M. Demolombe; elle est valable d'après M. Troplong. Nous doutons qu'un testateur ait jamais une idée aussi singulière. Si le cas se présentait dans un testament olographe, nous déciderions que l'acte est valable; tout est écrit de la main du testateur, le papier auquel il se réfère est compris dans le testament et en fait partie; donc les formalités prescrites par l'article 970 sont remplies. On prétend que le testament ne renferme pas le nom du légataire. Cela n'est pas exact, le testateur l'a désigné en indiquant le papier écrit de sa main où ce nom se trouve.

En nous prononçant pour l'opinion de Troplong, nous n'entendons pas approuver tout ce qu'il dit. Son principe n'est pas le nôtre. Il admet la relation lorsque l'acte antérieur sert seulement à déterminer la personne ou la chose qui fait l'objet de la disposition; il la rejette quand l'écrit séparé sert à manifester la substance de sa volonté. Cela est très-vague et de plus très-arbitraire. Ce qui prouve que la distinction n'est pas solide, c'est que l'exemple que Troplong donne de la seconde branche, loin d'être une exception, comme il le dit, n'est qu'une application de la

(1) Duranton, t. IX, p. 12, n° 12. Merlin, *Répertoire*, t. XXXIII, p. 334.

règle. Le testateur dit : « Je veux qu'on exécute comme ma volonté tout ce qui est contenu dans tel écrit fait de la main de François. » Ce testament serait radicalement nul, dit Troplong. Eh, qui en a jamais douté? Il ne vaut pas la peine de faire des distinctions pour décider ce qui est clair comme le jour, parce que cela résulte du principe de la solennité (1).

133. La jurisprudence confirme notre doctrine, mais, à certains égards, elle la dépasse, de sorte qu'elle soulève de nouvelles difficultés. Un vieillard octogénaire fait donation, le matin, d'un grand nombre de ses immeubles à quarante-huit parents qu'il divise en deux catégories. Le même jour, dans la soirée, il fait un testament authentique ainsi conçu : « Je donne et lègue à tous mes parents dénommés dans la donation que je leur ai faite par acte passé aujourd'hui tous les biens meubles et immeubles que je délaisserai au jour de mon décès, pour par eux les partager dans les mêmes proportions que dans ladite donation. » Ce testament, attaqué, fut déclaré valable par la cour de Bruxelles. Il s'y trouvait deux relations, l'une concernant les noms des légataires, l'autre relative au mode de partage. Ces relations viciaient-elles le testament? L'arrêt dit que la loi laisse la plus grande liberté au testateur en ce qui regarde l'expression de sa volonté, et que le juge doit toujours l'interpréter de façon que l'acte vaille. Ce principe est trop absolu. L'article 967 dit, à la vérité, que le testateur peut disposer sous tel titre qu'il veut, pourvu que les expressions dont il se sert soient propres à manifester sa volonté. Mais après cela la loi prescrit des formes pour les diverses espèces de testaments. S'agit-il d'un testament authentique, le testateur ne peut pas disposer dans telle forme qu'il veut, il faut qu'il dispose en dictant ses volontés, et le notaire doit les écrire, le tout en présence de deux ou de quatre témoins. Il ne suffit donc pas, comme le dit la cour de Bruxelles, que le testament contienne une disposition de dernière volonté, avec désignation du légataire et de la chose lé-

(1) Troplong, t. II, p. 13 et suiv., nos 1454-1456.

guée, il faut que le testateur dicte ses dispositions, c'est-à-dire qu'il dicte les noms des légataires, qu'il dise quelle est la chose léguée et que le notaire écrive ce que le testateur a dicté en présence des témoins. Or, dans l'espèce, le testateur, tout en désignant les légataires, ne les avait pas nommés; il n'avait pas dit de quelle manière ils partageraient. L'acte était donc incomplet, il avait besoin d'un complément; le complément était la donation à laquelle il se référait. La question était par conséquent celle-ci : La donation peut-elle servir de complément au testament par acte public? D'après notre principe, non, ni d'après la doctrine des auteurs, car la donation n'est pas reçue avec les formes testamentaires. Or, un écrit non solennel ne peut pas compléter un acte solennel, ni un acte solennel un autre acte solennel; le testateur ne peut pas non plus déclarer que l'acte non solennel sera réputé solennel. Donc le testament était incomplet, et partant nul. La cour a prévu l'objection et elle y répond. Il faut, dit-elle, dans un testament distinguer la disposition qui en fait l'essence, et l'exécution. La disposition doit se trouver dans l'acte ou dans un écrit qui lui sert de complément. Il n'en est pas de même de l'exécution, qui est une question d'interprétation. Or, dans l'espèce, la donation ne servait pas à compléter le testament, mais à l'expliquer (1). La distinction, telle que la cour l'applique, ne nous paraît pas exacte. Un testament est incomplet quand par lui-même il n'est pas susceptible d'exécution, et tel était certes le testament qui ne faisait pas connaître les noms des légataires et s'en référait à cet égard à une donation. Sans la donation, le testament ne pouvait être exécuté, donc la donation était le complément du testament par acte public, et en droit, elle ne pouvait pas l'être; ce qui décide la question.

Il y a un arrêt de la cour de cassation de France dans le même sens; mais il est à peine motivé. La cour pose en principe que le testament doit renfermer en lui-même l'expression complète de la volonté du testateur, et par

(1) Bruxelles, 14 août 1849 (*Pasicrisie*, 1852, 2, 127).

suite l'indication de la chose léguée. Voilà bien notre principe. Mais, dit la cour, il n'est pas interdit au testateur qui a fait cette indication dans son testament de se référer à d'autres actes publics pour la désignation plus détaillée des objets légués (1). C'est une exception au principe. La règle est dans la loi; donc l'exception devrait aussi y être. Or, elle n'y est pas, et de quel droit la cour de cassation fait-elle une exception à la loi? L'arrêt ne répond pas à notre question; et l'espèce dans laquelle il a été rendu témoigne contre la décision de la cour. Une veuve commence par faire dresser un acte notarié, dans lequel elle établit la consistance de ses biens et opère leur division en deux lots. Elle fait ensuite un testament par lequel elle attribue le premier lot à ses petits-fils et le second à sa fille. Certes le premier acte notarié et le testament ne faisaient qu'un seul et même acte dans la pensée de la testatrice, l'un était le complément de l'autre. Peut-on considérer comme indiquant la chose léguée un testament qui se réfère à un acte dont l'objet était précisément de faire connaître la chose léguée? Le testament, par lui seul, était incomplet, il ne pouvait être exécuté, donc il était nul, l'acte notarié ne pouvant pas compléter le testament.

134. Les arrêts que nous venons de rapporter nous paraissent dépasser la loi. Il y en a un autre qui, à notre avis, ajoute à la loi. Un prêtre, dans un testament olographe, déclare que sa dernière volonté est que son hérédité soit partagée suivant l'indication qui se trouve dans un tableau placé à la fin de son livre-manuel, ou registre contenant l'indication de ses biens meubles et immeubles. Il dispose ensuite au profit des pauvres de sa paroisse, auxquels il lègue huit pièces de terre désignées dans le tableau susdit et réunies sous la rubrique de *pauvres*. On trouva, en effet, et on inventoria un livre ou registre tenu par le défunt et qui contenait les indications auxquelles il s'était référé dans son testament. Le testament fut déclaré valable par le tribunal de Termonde, lequel s'appuie

(1) Rejet, 7 avril 1847 (Dalloz, 1847, 1, 221).

sur la doctrine de Stockmans. C'était trop prouver, car la doctrine de Stockmans va trop loin (n° 131). Toutefois la décision était juste au fond, si l'on admet le principe que nous avons établi (n° 130); le registre auquel le testateur se référait était un écrit émané du défunt, il pouvait s'y référer dans un testament olographe, au lieu de le copier; par la relation, l'écrit et le testament ne faisaient qu'un; il était donc satisfait à l'article 970. Sur l'appel, la cour de Gand réforma le jugement. Chose singulière, dans les considérants, l'arrêt va plus loin que nous; il suffit, dit-il, de désigner le légataire et la chose léguée par relation à un acte constant et immuable, ou au moyen de toutes autres circonstances de cette nature servant à indiquer d'une manière indubitable le légataire et la chose léguée. Pourquoi donc la cour n'admet-elle pas la relation que le testateur avait faite à son registre? Parce que ledit livre-journal était un acte sous seing privé. La cour dit que les actes de cette nature présentent un danger, c'est que le testateur pourrait facilement les remplacer par d'autres écrits et changer ainsi ses dispositions testamentaires ou les révoquer; il dépendrait ainsi de lui de révoquer son testament sans observer les formes prescrites par l'article 1035 (1). L'argument est nouveau et sérieux, mais il n'est pas décisif. Quand le testateur dispose sous forme olographe, il est libre de modifier ses volontés comme il le veut; s'il fait plusieurs projets, c'est le dernier qui sera l'expression définitive de sa volonté. D'ordinaire il ne reste aucune trace des premiers testaments; qu'importe donc de quelle manière le défunt ait modifié sa volonté, pourvu qu'elle soit certaine et complète au moment où il meurt? Or, dans l'espèce, cette certitude existait; le testament était complet, si l'on y réunissait l'écrit auquel le testateur se référait. Le juge ne peut pas exiger plus, sans ajouter à la loi.

135. Il y a un dernier cas qui n'est pas douteux. Le défunt fait un testament qui contient toutes les indications requises, les noms des légataires, la désignation des choses

(1) Gand, 12 décembre 1840 (*Pasicrisie*, 1841, 2, 234).

léguées; le testament est nul pour défaut de mention de la lecture au testateur en présence des témoins. Puis le défunt fait un second testament où il n'indique les héritiers que par relation au premier acte. Cette relation est-elle valable? La cour de cassation a jugé qu'elle ne l'était pas (1). En effet, un testament nul ne peut faire aucune preuve; c'est un acte non existant, c'est le néant. Ainsi le second testament était incomplet, le néant ne pouvant pas le compléter. Cela est décisif. La question s'est présentée dans une espèce où il est plus que probable que la volonté du défunt a été méconnue, mais il ne l'avait pas exprimée dans la forme légale. On trouve dans les papiers du défunt un codicille ainsi conçu : « Mon neveu étant décédé, ma volonté est que les dispositions testamentaires que j'avais faites en sa faveur retournent en entier à ses enfants, à qui elles profiteront, les renouvelant pour eux par ce codicille. » Or, le défunt n'avait fait d'autres dispositions qu'un acte écrit par lui, mais ni daté, ni signé. Cet acte était nul comme testament, donc inexistant, et par conséquent la relation à ce testament laissait le codicille incomplet, donc nul (2). Il y avait une autre interprétation que le juge du fait, nous semble-t-il, aurait pu admettre. Si le testateur avait dit : Je me réfère, quant aux dispositions, à un projet de testament écrit de ma main et qui se trouve parmi mes papiers, la relation aurait été valable et par suite le codicille. Eh bien, qu'importe le nom que le testateur donne à cet écrit, qu'il l'appelle projet de testament ou dispositions testamentaires, sa volonté n'en était pas moins certaine; il voulait compléter son codicille par un écrit antérieur émané de lui ; sa volonté étant certaine, ne pouvait-on pas en voir l'expression suffisante dans le codicille complété par l'écrit antérieur? C'est notre avis.

(1) Rejet de la section civile du 21 novembre 1814 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 2491).

(2) Troplong, qui rapporte l'arrêt de Bourges, du 23 juillet 1851, l'approuve (t. II, p. 14, n° 1460).

III. *Le testateur peut-il se référer à une coutume?*

136. Cette question est aussi controversée. C'est une dépendance de celle que nous venons d'examiner. En effet, le testateur qui déclare instituer héritiers ceux qui sont appelés à lui succéder en vertu d'une ancienne coutume se réfère à un acte écrit qui doit compléter son testament. Mais cet acte n'émane pas de lui ; donc, d'après le principe que nous avons établi, il ne peut pas servir de complément à l'expression de sa volonté. Cette opinion est assez généralement enseignée par les auteurs, mais ils se décident presque tous par d'autres motifs plus ou moins douteux, ce qui fait que la question aussi reste douteuse.

L'article 1390 prévoit une difficulté analogue en matière de conventions matrimoniales ; il porte que « les époux ne peuvent plus stipuler d'une manière générale que leur association sera réglée par l'une des coutumes, lois ou statuts locaux qui régissaient ci-devant les diverses parties du territoire français et qui sont abrogées par le code Napoléon. » Doit-on appliquer cette disposition par analogie au testament? Les raisons d'analogie ne manquent point. Si le législateur prohibe les stipulations qui maintiennent les coutumes abrogées, par la volonté des parties contractantes, c'est qu'il a craint qu'elles ne devinssent de style, ce qui aurait perpétué la diversité du droit sous l'empire d'un code qui a pour objet de mettre fin à cette infinie variété en établissant un droit unique et uniforme. Le même danger n'était-il pas à craindre pour les testaments (1)? Mais, en supposant qu'il y ait analogie, cela ne suffit point, dit la cour de Bruxelles, pour étendre la prohibition établie par l'article 1390, car les prohibitions ne s'étendent pas des cas exprimés à ceux qui ne le sont pas (2).

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 492, note 4, § 665. Demolombe, t. XXI, p. 49, n° 45.

(2) Bruxelles, 16 février 1822 (*Pasicrisie*, 1822, p. 62). Gand, 6 juillet 1833 (*Pasicrisie*, 1833, 2, 194).

On cite encore l'article 6 qui défend aux particuliers de déroger par leurs conventions aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. En prenant l'expression d'ordre public dans son sens le plus large, on peut dire que cet article défend de déroger aux lois qui sont d'intérêt général. Cela suppose qu'il y a une loi; or, dans l'espèce, il n'y en a pas, et là où il n'y a pas de prohibition, là règne la liberté. Ainsi l'article 6 laisse la question indécise.

Un de nos meilleurs jurisconsultes a varié sur la question que nous examinons. Merlin commença par enseigner que les testateurs peuvent se référer à une coutume; nous ne combattrons pas les motifs qu'il faisait valoir, puisque lui-même avoue qu'il s'était étrangement fourvoyé en soutenant que la relation à une coutume était valable par cela seul qu'elle donnait une complète certitude à la volonté du testateur. Il ne s'agit pas de savoir si la volonté du défunt est certaine, dit Merlin dans sa rétractation, il faut voir s'il l'a exprimée dans les formes légales. L'acte le plus authentique ne peut valoir comme testament qu'autant qu'il est revêtu des formes testamentaires; vouloir lui attribuer l'effet d'une disposition de dernière volonté, lorsqu'il est dénué de ces formes, par la raison que le testateur s'y est référé, c'est violer l'article 893, lequel n'admet d'autres dispositions testamentaires que celles qui sont faites dans les formes d'un testament olographe, authentique ou mystique. L'argument nous paraît décisif (1).

137. La jurisprudence est divisée. Dans un premier arrêt, la cour de cassation a consacré la doctrine que Merlin a commencé par soutenir, et sur ses conclusions. Elle écarte l'article 1390, parce qu'il n'est pas permis d'étendre aux testaments une disposition prohibitive faite pour les contrats de mariage. L'arrêt répond à l'argument tiré de l'article 6, en disant que si le partage de la succession se fait par la volonté du testateur, conformément

(1) Merlin, *Questions de droit*, au mot *Testament*, § XV (t. XV, p. 399 note). En sens contraire, Coin-Delisle, p. 326, nos 11-14 de l'article 967.

à une ancienne coutume, ce n'est pas par la force de cette coutume, laquelle n'existe plus comme loi de l'empire, mais par la volonté du défunt, lequel pouvait distribuer ses biens entre ses héritiers comme il l'entendait (1).

138. Cette opinion a trouvé faveur en Belgique, malgré la rétractation de Merlin. Un testateur s'en était rapporté à la coutume d'Ypres, tant pour désigner ses héritiers que pour déterminer le mode de partage. Cette manière de disposer est-elle légale? La cour de Gand trouve la réponse à la question dans l'article 967, d'après lequel toute personne peut disposer par testament, soit sous le titre d'institution d'héritier, soit sous le titre de legs, soit sous toute autre dénomination propre à manifester sa volonté. Or, le testateur a clairement manifesté sa volonté en se référant à la coutume d'Ypres. Est-ce bien là le sens de l'article 967? Il concerne uniquement les expressions dont le testateur se sert pour manifester sa volonté; à cet égard, il jouit d'une liberté entière. Mais est-il aussi libre de disposer dans telle forme qu'il veut? Cette question-là n'est pas décidée par l'article 967, elle l'est par l'article 893; et loin de dire que le testateur est libre de disposer comme il le veut, la loi dit qu'il ne le peut que dans les formes prescrites par la loi. Chose singulière, la cour ne cite pas même l'article 893, dans lequel Merlin a trouvé un argument décisif pour se rétracter. Elle se borne à écarter l'objection que l'on puise dans les articles 6 et 1390. A cet égard, nous croyons qu'elle a raison; cela prouve le danger qu'il y a de fonder une opinion sur des arguments douteux; en les réfutant, on croit avoir réfuté l'opinion même. C'est à l'argument de Merlin qu'il fallait répondre, et la cour le passe sous silence.

Il y eut pourvoi en cassation; le pourvoi invoquait l'article 893 combiné avec les articles 971 et 972. C'est le vrai terrain du débat. L'avocat général Defacqz fut d'avis qu'il y avait lieu de casser l'arrêt pour violation de l'article 893. La cour de cassation, contrairement à ces con-

(1) Rejet, 19 juillet 1810 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 3425).

clusions, prononça un arrêt de rejet. Que répond-elle à l'argument qui a paru décisif à Merlin et qui fut reproduit par le jurisconsulte éminent qui occupait le ministère public? Elle distingue entre la manifestation de la volonté du testateur et l'exécution de cette volonté. S'il est incontestable que, dans un testament par acte public, la volonté du testateur doive, à peine de nullité, être dictée au notaire, écrite et ensuite lue au testateur, le tout en présence des témoins, aucun texte de loi ne défend au testateur de s'en référer, pour l'exécution de sa volonté, à un autre acte authentique et irréfragable (1). Cette distinction est-elle fondée et est-il vrai qu'il n'y ait aucun texte qui s'y oppose? Nous l'avons déjà rencontrée en discutant le principe des relations qu'un testateur fait à un acte pour compléter sa volonté (n° 134); nous l'avons rejetée, pour la relation en général, nous la rejetons aussi dans l'application qu'en fait la cour de cassation de Belgique. Il suffit de lire le testament qui était l'objet du litige, pour se convaincre qu'il était incomplet, qu'il était complété par la coutume d'Ypres, et que cette coutume était le véritable testament du défunt. Le testateur ordonne que ses biens soient vendus et que le prix soit partagé entre ses héritiers *suivant le vœu de la coutume de la ville d'Ypres*. Est-ce là une simple disposition d'exécution? Les héritiers sont inconnus; on ne les connaît qu'en recourant à la coutume. Le mode de partage est inconnu; on ne le connaît qu'en recourant à la coutume. Donc le testament est incomplet, la coutume en est le complément, elle fait partie du testament; elle n'a cependant été ni dictée, ni écrite, ni lue; donc le testament est nul.

139. La cour de cassation de France est revenue sur sa jurisprudence; elle s'est prononcée pour la dernière opinion de Merlin, mais avec une restriction qui donne lieu à une nouvelle difficulté. Elle commence par reconnaître la faculté de tester que l'article 967 consacre; mais cette faculté n'est pas illimitée, et le devoir des juges est

(1) Gand, 6 juillet 1833 (*Pasicrisie*, 1833, 2, 194, et Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 3425). Rejet, 8 décembre 1834 (*Pasicrisie*, 1832-1836, 1, 332).

d'en faire respecter les limites légales. La cour d'appel avait annulé le testament en se fondant sur les articles 6 et 1390. C'est sur le sens et la portée de ces dispositions que se concentrait le débat. Nous croyons que le terrain est mal choisi. Dans son premier arrêt, la cour avait écarté les articles 6 et 1390; dans le second, elle les invoque. Les mêmes dispositions peuvent-elles servir, tantôt à valider un testament, tantôt à l'annuler? Pour échapper au reproche de contradiction, la cour fait une distinction qui, à notre avis, est aussi fausse que celle que la cour de cassation de Belgique a faite à l'appui de l'opinion contraire. « Une simple énonciation des lois anciennes abrogées ne pourrait vicier un testament, lorsque le testateur reproduit la disposition et en fait une application précise à des légataires déterminés, de manière que les lois anciennes ne soient pas rappelées comme loi vivante de la succession. Mais, dit la cour, il y a violation de l'article 6 et de l'article 7 de la loi du 30 ventôse an XII, qui abroge les anciennes coutumes, lorsque le testateur rappelle, d'une manière générale, un statut local abrogé, pour règle de l'exécution de sa volonté, sans préciser avec spécialité cette volonté qui seule est la loi des parties. » La distinction est tellement subtile, qu'elle est insaisissable. On dirait que la cour a prévu l'objection, car elle essaye de formuler une règle que les tribunaux auront à suivre. « Dans les cas de rappel des anciennes coutumes abolies, les tribunaux ont à déterminer si la disposition testamentaire renferme une désignation précise de l'héritier testamentaire, désignation indépendante de toute application générale des règles d'une coutume abrogée; » dans ce cas, le testament sera valable, sinon il sera nul (1). Nous doutons fort que les tribunaux fassent jamais usage de cette règle; car quand le testateur se réfère à une coutume, ce ne peut être que pour désigner les héritiers qu'il appelle à sa succession, ou pour déterminer le mode de partage; sa pensée reste donc incomplète, et si elle n'est complétée que par la coutume, il y a lieu

(1) Rejet, 23 décembre 1828 (Dalloz, n° 3425).

d'annuler, d'après le principe établi par la cour de cassation.

140. La cour de Bruxelles a fait une autre distinction qui trouve quelque appui dans l'article 1390. Une dame, domiciliée à Gand, y fait un testament mystique dans lequel elle dispose de sa succession par représentation, selon la ci-devant coutume de Gand concernant les mortuaires bourgeoises. Le testament attaqué fut maintenu par la cour de Bruxelles; l'arrêt repousse l'article 1390, parce qu'il n'est pas permis d'étendre des dispositions prohibitives; et en supposant qu'il dût recevoir son application aux testaments, il n'y aurait pas lieu de l'appliquer à l'espèce. En effet, la testatrice ne s'en était point rapportée à la coutume de Gand, en ce sens que son testament dût être réglé d'une manière générale selon les dispositions de cette coutume; elle ne l'avait fait que par forme d'instruction et uniquement pour faire mieux connaître le mode de représentation d'après lequel elle appelait à sa succession ceux de ses parents qu'elle désignait ainsi pour lui succéder (1).

Cette distinction se fonde sur les termes de l'article 1390. Nous reviendrons sur cette disposition, au titre du *Contrat de mariage;* comme nous n'admettons pas l'extension de cette disposition prohibitive aux testaments, il est inutile d'entrer pour le moment dans un débat sur le sens de la loi. Si l'on admet le principe que nous avons posé, la décision n'est pas douteuse. Le testament doit être complet en lui-même; s'il ne l'est pas, il ne peut être complété par le renvoi à une coutume, quelle que soit du reste la disposition pour laquelle le testateur y renvoie, car toute disposition, dans un testament par acte public, doit être dictée, écrite et lue; et si pour une disposition quelconque ces formes n'ont pas été observées, l'acte est nul.

Nº 4. SANCTION DES SOLENNITÉS.

141. L'article 1001 porte : « Les formalités auxquelles les divers testaments sont assujettis par les dispositions

(1) Bruxelles, 16 février 1822 (*Pasicrisie,* 1822, p. 62).

de la présente section et de la précédente doivent être observées à peine de nullité. » Nous dirons plus loin ce que la loi entend par nullité. Le testament est un acte solennel; les formes sont prescrites pour assurer la libre expression de la volonté du disposant. C'est dire qu'elles tiennent à la substance de l'acte; elles sont requises, non pour sa validité, mais pour son existence. De là suit que le testament vicié est plus que nul dans le sens ordinaire du mot; il est non existant. Pourquoi la loi montre-t-elle cette rigueur extrême? C'est demander pourquoi elle a fait du testament un acte solennel. Les motifs ne manquent point, et ils ont une incontestable gravité. Le testateur déroge à la loi qui établit l'ordre légitime des successions; cette loi est l'expression de la nature, ou, comme disaient nos anciennes coutumes, de la volonté de Dieu, car c'est Dieu qui fait les héritiers, puisque c'est lui qui les fait naître dans la famille dont ils recueillent les biens. Certes on ne peut pas admettre facilement que l'homme s'écarte de la volonté de Dieu. Si le législateur le permet, c'est que les règles générales qu'il établit peuvent, dans des cas particuliers, blesser l'équité. Mais pour que ces dérogations soient légitimes, il faut que le testateur les fasse avec entière connaissance de cause, dans la plénitude de sa liberté. Or, qui ne sait qu'il y a mille causes qui viennent obscurcir la raison et aveugler la conscience du disposant? On doit se défier même de ses bons sentiments, car ils ont leurs excès et ils peuvent égarer le testateur aussi bien que ses mauvaises passions. Le danger est déjà grand lorsque le testateur est abandonné à lui-même et qu'il dispose librement. Mais il n'en est pas ainsi. Il y a toujours des hommes, et ce qui est plus dangereux, des corporations qui ont intérêt à capter les héritages, en faisant appel soit aux mauvaises passions du défunt, soit à des sentiments légitimes en eux-mêmes, mais dont il est si facile d'abuser. Un grand magistrat, l'auteur même de l'ordonnance de 1735, dit que les testaments sont souvent odieux (1). Comment empêcher que les testaments ne soient

(1) D'Aguesseau, *Œuvres*, t. III, p. 386.

surpris au testateur par les manœuvres de ceux qui l'entourent et qui l'obsèdent? Le législateur a cru que les solennités qu'il prescrit assureraient la libre expression de la volonté du défunt. Il est certain que l'intervention d'un officier public et de témoins est une garantie; les formes prescrites pour les divers testaments ont également pour objet de garantir la liberté du testateur, en ce sens que si un testament est fait sans l'observation des formes, il y a doute que le testament exprime réellement la volonté du testateur; et dès qu'il y a doute, le testament perd toute efficacité (1).

142. Les solennités ont un inconvénient, c'est qu'elles risquent de dégénérer en un formalisme superstitieux qui, loin d'être une garantie pour le testateur, devient une entrave, et trop souvent un piége. Déjà dans l'ancien droit, Ricard a critiqué le système des coutumes, qui est aussi celui du code civil. « C'est un problème fort différemment agité, dit-il, de savoir si les formes introduites pour la solennité des testaments par nos coutumes, qui se sont attachées à de certaines formules, doivent être considérées comme un bon moyen pour empêcher les fausses impressions et les suggestions auxquelles les actes de la dernière volonté des hommes sont souvent exposés. » Ricard expose d'abord le sentiment de ceux qui approuvent ce système ; puis il ajoute : « Le nombre de ceux qui sont dans un sentiment contraire est sans doute beaucoup plus grand. Ils soutiennent que cette solennité qui est renfermée dans les paroles est une fort belle idée, qui a été inventée en un temps simple et qui pouvait être lors de quelque utilité ; mais qui dans l'usage ne sert que de piége à ceux qui ont plus de bonne foi, d'autant qu'elle ne dépend pas tant du testateur que de la personne publique qu'il emploie pour recevoir son testament, qui, manquant, par un défaut de mémoire, de comprendre dans le testament un mot désiré par la coutume, en prenant même un mot pour un autre qui aura une significa-

(1) Comparez Doneau, *Commentaires*, VI, 6, 1 (t. III, p. 310). Troplong, t. II, p. 111, n° 1740.

tion tant soit peu différente, sera cause que les dispositions d'un testateur, les plus constantes et aussi favorables qu'elles puissent être, demeureront inutiles et sans effet. Au lieu que celui qui veut supposer un testament à un autre, ou l'exiger de lui par surprise, ne manque pas de faire pratiquer soigneusement ce qui regarde la forme et qui ne dépend, comme il a été dit, que du ministère de la personne qui reçoit le testament (1). »

L'expérience journalière donne raison à Ricard. Depuis que les ordres religieux vivent de fraude, les testaments arrachés par la captation ne manquent point; ont-ils jamais été annulés pour vices de formes? Celui qui fraude la loi a bien soin de l'observer; tandis que l'homme de bonne foi s'en rapporte à l'officier public dont l'ignorance ou la négligence entraîne la nullité des dispositions les plus légitimes. Cela ne prouve pas qu'il ne doit pas y avoir de formes; mais elles devraient être aussi simples que possible. Le code civil est trop formaliste, nous en verrons plus d'une preuve, et un formalisme excessif, dit d'Aguesseau, est un piége tendu au notaire et au testateur (2). Pour échapper au formalisme, les interprètes se sont plus d'une fois mis au-dessus de la loi. Ceci est un plus grand mal encore que l'annulation des testaments irréguliers, car c'est ruiner l'autorité de la loi; or, c'est à ceux qui l'appliquent ou l'interprètent à donner l'exemple du respect qui lui est dû. La loi est trop rigoureuse, elle manque souvent son but à force de rigueur. Qu'importe? La loi existe, il faut l'observer et l'interpréter même dans l'esprit de rigueur qui a inspiré le législateur.

N° 5. DU TESTAMENT CONJONCTIF.

143. Aux termes de l'article 968, « un testament ne pourra être fait dans le même acte par deux ou plusieurs personnes, soit au profit d'un tiers, soit à titre de disposition réciproque et mutuelle. » Cette disposition et sem-

(1) Ricard, *Des donations*, Ire partie, t. I, p. 369, nos 1499, 1500. Comparez Toullier, t. III, 1, p. 257, n° 239, et p. 261, n° 441.
(2) D'Aguesseau, *Œuvres*, t. IX, p. 477.

pruntée à l'ordonnance de 1735. Pothier dit que le motif de la loi paraît avoir été d'assurer la liberté des testateurs, afin qu'ils ne fussent pas exposés aux suggestions de la personne avec laquelle ils feraient conjointement leur testament. La raison a été répétée par un auteur moderne qui se demande pourquoi le code prohibe les testaments conjonctifs, alors qu'il autorise les dons manuels (1). Il est évident que le motif donné par Pothier n'explique pas cette différence, car les suggestions sont à craindre dans les donations aussi bien que dans les testaments, et plus encore, puisqu'elles sont irrévocables. Rien n'empêche d'ailleurs ceux qui veulent faire un testament conjonctif de le faire par actes séparés, ce qui n'exclut pas les suggestions. La vraie raison pour laquelle l'ordonnance et à sa suite le code ont prohibé les testaments conjonctifs est que les dispositions faites dans cette forme paraissent être convenues entre les testateurs, de sorte que les unes semblent être la condition des autres. Cela n'empêche pas les testaments d'être révocables. Quel doit être l'effet de la révocation faite par l'un des testateurs? entraîne-t-elle la révocation de l'autre testament? faut-il que celui des testateurs qui révoque ses dispositions en avertisse l'autre? La plus grande divergence régnait sur ces questions avant l'ordonnance de 1735. Le parlement de Grenoble admettait l'un des testateurs à révoquer sans donner à l'autre aucun avertissement; tandis que le parlement de Paris repoussait la révocation quand le testateur n'avait pas fait une notification authentique de sa volonté à son cotestateur. A Paris, on tenait que le survivant ne pouvait plus révoquer ses dispositions après avoir recueilli les libéralités qui lui avaient été faites, de sorte que les testaments se changeaient en contrats. Dans les pays de droit écrit, on maintenait le droit absolu du testateur de révoquer même après la mort de son cotestateur. L'ordonnance de 1735 mit fin à ces controverses en prohibant les testaments conjonctifs, qui

(1) Pothier, *Des donations testamentaires*, n° 4. Troplong, t. II, p. 10, n° 1443.

étaient une source de procès sans être d'aucune utilité(1). Bigot de Préameneu dit dans l'exposé des motifs : « Il fallait éviter de faire renaître la diversité de jurisprudence qui avait eu lieu sur la question de savoir si, après le décès de l'un des testateurs, le testament pouvait être révoqué par le survivant. Permettre de le révoquer, c'est violer la foi de la réciprocité. Le déclarer irrévocable, c'est changer la nature du testament qui, dans ce cas, n'est plus réellement un acte de dernière volonté. Il fallait interdire une forme incompatible, soit avec la bonne foi, soit avec la nature des testaments. »

144. Il a été jugé que la prohibition de l'article 968 s'applique aux testaments olographes. La cour de Bruxelles dit très-bien que les deux premiers articles de notre section (967 et 968) concernent les testaments en général, sans aucune distinction de testaments olographes, authentiques ou mystiques ; ce n'est que dans les articles 969 et suivants que la loi distingue les trois espèces de testaments. Cela prouve déjà que l'article 968 s'applique au testament olographe. On a objecté les termes de l'article 970. Après avoir dit que ce testament n'est point valable s'il n'est écrit en entier, daté et signé de la main du testateur, la loi ajoute : « Il n'est assujetti à aucune autre forme. » On concluait de là que l'article 970 déroge à l'article 968. La cour de Bruxelles répond que le but de l'article 970 n'est pas de décider la question de savoir si le testament olographe peut être conjonctif, le législateur venait de décider cette question négativement dans l'article 968. Quand il dit que le testament olographe n'est pas soumis à d'autres formes que celles qui sont prescrites par l'article 970, il n'entend parler que du testament olographe en général, considéré en lui-même. On disait encore que par sa nature même le testament olographe ne pouvait être conjonctif, puisqu'il est impossible qu'un même acte soit écrit tout ensemble par deux testateurs ; et l'on en inférait que le testament devait être valable pour celui des testateurs qui l'avait écrit. L'objection n'était

(1) Coin-Delisle, p. 327, n° 1 de l'article 968, et les auteurs qu'il cite.

pas sérieuse, car la signature des deux testateurs prouvait qu'ils avaient entendu faire un testament conjonctif, ils avaient donc fait ce qu'ils n'avaient pas le droit de faire, donc le testament devait être annulé pour le tout (1).

145. Les Français peuvent-ils faire un testament olographe à l'étranger, si la loi du pays où ils testent autorise le testament conjonctif? Cette question est controversée; la solution dépend du point de savoir si l'article 968 règle une forme; pour les formes des testaments, on suit la maxime *Locus regit actum;* si donc il s'agit d'une forme, il faut décider que le testament conjonctif fait à l'étranger conformément aux lois du pays est valable. C'est en ce sens que la jurisprudence s'est prononcée, ainsi que la plupart des auteurs (2). La place qu'occupe l'article 968 paraît, au premier abord, décider la difficulté. Il se trouve dans la section intitulée : *Des règles générales sur la forme des testaments;* donc, dira-t-on, il concerne les formes, et par suite l'adage est applicable. Il y a cependant des motifs de douter qui nous font pencher pour l'opinion contraire. Nous écartons l'argument que l'on tire de la place qu'occupe l'article 968, la classification du code n'est pas une loi et ne décide rien. Il faut voir quel est le sens de l'adage : il concerne les formes dites instrumentaires, c'est-à-dire celles qui ont pour objet d'assurer la libre volonté des parties. Si la prohibition des testaments conjonctifs a pour but de garantir la liberté des disposants, il faut dire que l'adage est applicable, en ce sens que c'est la loi du pays où l'acte est passé qui décidera quelles sont les formes les plus propres à assurer la liberté et quelles sont par conséquent les formes qui la compromettent. D'après ce que nous venons de dire (n° 143), l'interdiction des testaments conjonctifs n'a rien de commun avec la liberté des testateurs; l'orateur du gouvernement ne dit pas un mot des suggestions auxquelles

(1) Bruxelles, 18 juillet 1822 (*Pasicrisie*, 1822, p. 213, et Dalloz, n° 2585). Merlin, au mot *Testament conjonctif*, n° I, et tous les auteurs.

(2) Toulouse, 11 mai 1850 (Dalloz, 1852, 2, 64). Caen, 22 mai 1850 (Dalloz, 1853, 2, 171). Aubry et Rau, t. V, p. 495 et note 6. Coin-Delisle, p. 328, n° 5 de l'article 968.

l'un des testateurs pourrait céder; il dit que c'est pour éviter la diversité de jurisprudence, donc pour prévenir les procès et pour maintenir l'unité du droit. Voilà des motifs d'intérêt général qui restent applicables quel que soit le lieu où le testament a été rédigé. Donc il ne doit pas être permis aux testateurs de se soustraire à la loi, en disposant en pays étranger.

On a encore donné d'autres raisons à l'appui de l'opinion que nous avons embrassée; elles sont très-contestables. Or, les mauvaises raisons compromettent la cause qu'elles doivent défendre. Est-il vrai que le testament conjonctif est une *manière de disposer* à titre gratuit que l'article 893 repousse, puisqu'il n'en admet pas d'autres que la donation et le testament (1)? Si l'article 893 impliquait la prohibition des testaments conjonctifs, l'article 968 serait inutile; donc tester conjonctivement, ce n'est pas disposer d'une manière non reconnue par l'article 893. Ce qui le prouve, c'est que les dons manuels sont valables, bien qu'aucun texte formel ne les autorise. En d'autres termes, donner ou tester conjonctivement, c'est toujours faire une donation ou un testament. Ce n'est donc pas un troisième mode de disposer à titre gratuit, qui serait nul à ce titre.

Marcadé dit que l'article 968 établit une défense pour les personnes (2). Est-ce à dire que ce soit un statut personnel? L'auteur ne dit pas cela; il est certain qu'il ne s'agit pas de l'état des personnes, ni de l'incapacité qui en résulte. Dès lors le motif donné par Marcadé ne décide rien, parce qu'il ne dit rien.

146. Deux personnes peuvent-elles disposer l'une au profit de l'autre, ou au profit d'un tiers, par actes séparés? L'affirmative a été jugée, et elle n'est pas douteuse. Le texte même de l'article 968 le dit implicitement; il défend de disposer *dans le même acte*, donc il permet de disposer par actes séparés, car la loi permet ce qu'elle ne prohibe pas. Dira-t-on que c'est éluder la prohibition? Non, la loi n'entend pas empêcher deux personnes de

(1) Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 81, note 5.
(2) Marcadé, t. IV, p. 63 et suiv., n° III de l'article 999.

tester l'une au profit de l'autre; ce qu'elle défend, c'est que ces dispositions soient unies par un lien commun, parce que, par suite de cette réunion dans un même acte de deux volontés qui se trouvent placées dans une dépendance réciproque, on ne sait pas si la révocation de l'une entraînera la révocation de l'autre. Lorsque, au contraire, les deux dispositions, quoique mutuelles, sont faites par des actes séparés, elles ont chacune une existence propre et indépendante, elles forment deux testaments distincts qui sont régis par le droit commun. Donc l'un des testateurs peut révoquer à l'insu de l'autre, sans que l'on puisse en induire que l'autre testament sera aussi révoqué; celui-ci, n'étant pas révoqué, subsistera par cela même. Le testament fait au profit de l'un des testateurs devient caduc par son prédécès et l'autre produira ses effets. Que si les deux testateurs ont disposé au profit d'un tiers, le droit du légataire s'ouvrira par le prédécès de l'un des disposants, tandis que l'autre pourra toujours révoquer ses dispositions. En un mot, on reste sous l'empire des principes généraux; voilà pourquoi il n'y avait aucune raison de prohiber ces dispositions.

La cour de cassation l'a décidé ainsi dans une espèce où la question pouvait paraître douteuse. Les deux testaments étaient écrits l'un sur le *recto,* l'autre sur le *verso* de la même feuille de papier. Il en résultait que les deux testaments étaient matériellement inséparables; mais ce que la loi prohibe, ce n'est pas l'union matérielle, c'est l'union juridique. Or, les deux testaments, quoique écrits sur la même feuille de papier, n'en étaient pas moins indépendants l'un de l'autre; chacun des deux testaments, complet et valable en soi, n'était soumis à aucune condition d'existence ou d'exécution empruntée aux dispositions de l'autre testament. Il en résultait que chacun des testateurs conservait une liberté entière pour révoquer son testament, sans être entravé par une corrélation juridique et obligatoire entre les deux actes; ce qui rendait inapplicable la prohibition de l'article 968 (1). Dira-t-on que,

(1) Rejet, 21 juillet 1851 (Dalloz, 1851, 1, 267) et cassation, 11 décembre 1867 (Dalloz, 1867, 1, 471). Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, p. 241, note *d.*

s'il n'y avait point de lien juridique entre les deux dispositions, il y avait un lien moral? Cela est incontestable; mais ce lien moral ne produit aucun effet en droit; il en résulte un devoir de délicatesse, pour celui des testateurs qui veut révoquer son testament, d'en avertir l'autre; mais ce devoir n'a aucune sanction ni aucune conséquence juridique (1).

147. Les conséquences légales sont parfois en opposition avec la volonté des testateurs. Un mari lègue à sa femme tous les biens qu'il laissera à son décès; il ajoute qu'il fait cette donation à la condition que tous les biens qui composeront la succession de sa femme seront partagés par portions égales entre les héritiers de sa femme et les siens. Le même jour, la femme fait un testament identique au profit de son mari. Après le décès de la femme, qui survécut à son mari, ses héritiers procèdent au partage de sa succession, à l'exclusion d'un frère du mari. Celui-ci demande l'exécution du testament qui lui assigne la moitié des biens délaissés par la veuve. Sa prétention fut repoussée, et elle devait l'être. Les deux testaments, faits séparément, n'étaient pas un testament conjonctif, donc ils étaient valables comme dispositions de dernière volonté. Quant aux dispositions prises par les deux testateurs, elles restaient soumises au droit commun. Or, d'après le droit commun, le testateur ne peut disposer que de ce qui lui appartient, et, dans l'espèce, chacun des testateurs avait disposé de ce qui ne lui appartenait pas; en effet, par le décès du mari, la femme devenait propriétaire des biens qu'il laissait; elle les transmettait, avec son propre patrimoine, à ses héritiers. Dès lors le mari ne pouvait pas disposer des biens que sa femme délaisserait. Par suite la volonté des disposants ne recevait pas d'exécution (2). Il n'y a qu'un moyen légal d'atteindre le but que se proposaient les deux conjoints, c'est de faire un legs en usufruit au profit du survivant.

(1) Demante, t. IV, p. 265, n° 113 *bis*.
(2) Cassation, 2 mai 1842 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 178, 6°) et 11 décembre 1867 (Dalloz, 1867, 1, 471).

N° 6. DU TESTAMENT FAIT PAR UN FRANÇAIS A L'ÉTRANGER OU PAR UN ÉTRANGER EN FRANCE.

I. *Comment le Français peut-il tester à l'étranger.*

148. L'article 999 porte : « Un Français qui se trouvera en pays étranger pourra faire ses dispositions testamentaires par acte sous signature privée, ainsi qu'il est prescrit en l'article 970, ou par acte authentique, avec les formes usitées dans le lieu où cet acte sera passé. » Cette disposition donne lieu à de nombreuses difficultés. C'est une application de la maxime *Locus regit actum*. En principe, les actes sont valables en la forme s'ils sont dressés conformément aux lois du pays où l'acte est reçu. Nous avons exposé le sens et la portée de cet adage en traitant des statuts réels et personnels. La première question qui se présente est de savoir si cette vieille maxime forme un statut personnel ou un statut réel. On enseigne que ce n'est ni l'un ni l'autre, en ce sens que la faculté de tester en la forme olographe, authentique ou mystique, ne tient ni à la capacité du disposant, ni à la transmission des biens dont il dispose (1). Il est certain que ce n'est pas un statut personnel; cette expression a un sens limité, elle ne s'applique qu'aux lois qui règlent l'état des personnes et la capacité ou l'incapacité qui en résulte. L'expression de *statut réel* a une signification plus étendue; dès que la validité d'un acte, soit quant au fond, soit quant à la forme, est réglée par la loi du pays où l'acte se passe, on peut dire que le statut est réel. En ce sens, la maxime *Locus regit actum* forme un statut réel. C'est d'ailleurs à raison des circonstances physiques, morales, politiques, que les formes varient d'un pays à l'autre; à cet égard encore, les lois qui les régissent sont réelles, et tel est le fondement rationnel de l'adage dont nous examinons la portée dans son application aux testaments (2). Il faut distinguer, d'après l'article 999, entre les testaments authentiques et les testaments olographes.

(1) Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 79, note 1. Demolombe, t. XXI, p. 453, n° 483.
(2) Voyez le tome Ier de mes *Principes*, p. 154, n° 99.

1. DES TESTAMENTS AUTHENTIQUES.

149. L'article 999 dit que le Français peut tester à l'étranger par acte authentique, avec les formes usitées dans le lieu où l'acte sera passé. Que faut-il entendre, dans cette disposition, par acte authentique? Le code définit l'acte authentique « celui qui a été reçu par officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé et avec les solennités requises. » Il va sans dire que si le testament est reçu à l'étranger par un officier public conformément aux lois du pays, l'acte est valable; l'on est alors dans le texte et dans l'esprit de l'article 999. Mais faut-il nécessairement, pour que le testament soit authentique et valable comme tel, qu'un officier public y intervienne? C'est demander si l'article 1317 régit les actes faits à l'étranger. Il nous semble que la négative est certaine. Cela résulte de l'adage que l'article 999 applique aux testaments; cela résulte encore du texte et de l'esprit de cet article. Pourquoi les actes sont-ils valables en la forme lorsqu'ils sont reçus d'après les lois du pays où ils se font? C'est qu'il appartient au législateur de chaque pays de déterminer quelles sont les formes qui, à raison de l'état social, sont les plus propres à assurer la libre volonté des parties qui dressent l'acte. Donc c'est aussi à lui de décider si un officier public doit ou non intervenir dans les écrits pour qu'ils soient authentiques. Exiger que les actes passés à l'étranger soient dressés par un officier public, alors que la loi étrangère ne prescrit pas cette condition pour l'authenticité, ce serait imposer notre état social à l'étranger, ce qui est en contradiction avec l'adage. Il en résulterait un non-sens dans la pratique. C'est une raison d'utilité, pour mieux dire, de nécessité, qui a fait adopter l'adage dans tous les pays. Les formes variant d'un pays à l'autre, il est impossible d'exiger que l'acte, pour être authentique, soit reçu par un officier public, puisqu'il se peut qu'il n'y ait pas d'officiers publics ayant pour mission de donner l'authenticité aux actes; de sorte que, si l'on appliquait l'article 1317 aux actes reçus à l'étranger, les parties pour-

raient se trouver dans l'impossibilité de dresser un acte authentique. Cela est absurde, le but de l'adage, qui est une règle du droit civil international, étant précisément de faciliter la rédaction des actes en tout pays.

Tel est le droit commun, et il ne nous paraît pas douteux. Reste à savoir si l'article 999 déroge au droit commun. Le texte le maintient, au contraire. Il distingue entre les testaments olographes et les testaments authentiques. En permettant aux Français de tester à l'étranger dans la forme olographe, la loi ajoute : ainsi qu'il est prescrit en l'article 970; tandis que, en parlant de l'acte authentique, la loi dit : « avec les formes usitées dans les lieux où cet acte sera passé. » Or, l'intervention d'un officier public est une de ces formes; donc c'est la loi du lieu qui décidera si elle est nécessaire ou non. C'est l'opinion générale (1).

150. La cour de cassation a appliqué ce principe à un testament fait en Angleterre dans la forme que l'on y suit pour les testaments solennels, c'est-à-dire sans intervention d'un officier public. Le testament était rédigé par un tiers; le testateur avait déclaré sa volonté en présence de quatre témoins, l'acte était signé et scellé par le testateur et les témoins : le testament ainsi fait est réputé authentique. Le premier juge le déclara nul par la raison qu'un acte n'est authentique que lorsqu'il est reçu par un officier public. Sur l'appel, la décision fut infirmée, et la cour de cassation maintint l'arrêt. La cour se fonde sur le texte de l'article 999, qui renvoie expressément aux lois étrangères. Elle cite encore l'article 994 qui prévoit le cas où un testament est fait dans le cours d'un voyage maritime, alors que le navire a abordé une terre étrangère : la loi dit que, dans ce cas, le testament sera valable, si le testament a été dressé suivant les formes usitées dans les pays où l'acte a été fait; ce qui confirme l'adage. Il n'y avait d'ailleurs aucune raison d'y déroger. La loi entend favoriser les Français qui se trouvent à l'étranger, elle leur permet de tester en la forme olographe quand même

(1) Dalloz, n° 3410, et les auteurs qui y sont cités.

les lois étrangères n'admettraient pas ce testament; pourquoi aurait-elle exigé l'intervention d'un officier public là où il n'y a point d'officiers publics? C'eût été mettre les Français dans l'impossibilité de tester en Angleterre dans une forme solennelle, et même de faire aucun testament, s'il leur était impossible de faire un testament olographe (1).

151. La question devient douteuse lorsque le testament solennel est reçu dans un pays étranger, selon une forme reconnue par la loi de ce pays, sans intervention d'un officier public, alors que la loi étrangère reconnaît aussi un testament authentique reçu par un officier public. Ce cas s'est présenté pour un testament fait à la Louisiane. La loi du pays admet trois formes de testament : le testament olographe, le testament mystique et le testament nuncupatif. Le testament nuncupatif peut être reçu de deux manières : en présence d'un notaire et de trois témoins, ou sous signatures privées, de la main, soit du testateur, soit d'une personne étrangère en présence de cinq témoins; le testament ainsi fait doit, au décès du testateur, être remis et prouvé de nouveau par l'affirmation verbale de trois au moins des témoins qui ont assisté à sa confection, et il ne devient exécutoire qu'après que le juge a reconnu la sincérité de l'acte. C'est le testament anglais dont nous venons de parler (n° 150), tandis que l'autre testament solennel rappelle le testament par acte public du droit français; l'un et l'autre sont authentiques. Le Français a-t-il le choix? ou faut-il qu'il fasse recevoir ses dernières volontés par un notaire? Il y a un motif de douter, c'est que rien ne s'oppose à ce qu'il fasse un testament authentique dans le sens de l'article 1317, puisque, au dire de la cour de Pau, cette forme a été précisément introduite dans l'intérêt des habitants de la Louisiane qui sont d'origine française. L'objection a peu de valeur, si l'on admet, comme nous l'avons enseigné, que l'article 1317 ne s'applique pas aux testaments reçus à l'étranger (n° 149). Il en résulte que l'authenticité

(1) Rejet de la chambre civile, 6 février 1843 (Dalloz, n° 3410, p. 980).

est définie par la loi étrangère, et si cette loi consacre plusieurs formes authentiques, il doit être libre à toutes personnes, étrangères ou indigènes, de choisir celle de ces formes qu'elles préfèrent. On objectait que les testaments de cette espèce sont appelés testaments nuncupatifs sous signatures privées; n'est-ce pas dire que ce sont des actes sous seing privé? Non, dit la cour de cassation; la présence de cinq témoins à la dictée de l'acte, la reconnaissance qu'ils en font sous la foi du serment, l'intervention du juge chargé de recevoir la preuve, constituent un ensemble de formalités qui suffisent pour donner au testament l'authenticité exigée par l'article 999 (1).

152. Il y a une nouvelle difficulté lorsque le testament est purement verbal. C'est le testament nuncupatif proprement dit. S'il intervient un officier public dans ce testament, l'authenticité n'en peut guère être contestée. D'après les lois de la Hongrie, le testament peut être reçu par le juge de la noblesse et un assesseur juré. Le juge confère l'authenticité aux actes qui se font devant lui, aussi bien que le notaire. Cela a été décidé ainsi par la cour de cassation (2).

Il s'est présenté un cas plus singulier. Un israélite français teste à Jérusalem, d'après les formes reconnues par la loi orale des juifs, devant deux témoins qui recueillent sa volonté par écrit et présentent l'acte devant la chambre de justice ou tribunal rabbinique, lequel déclare le testament authentique. Ce testament est-il valable? On peut demander d'abord si la *loi orale des juifs* est bien une loi du pays; les juifs n'ayant plus de patrie, ceux de Jérusalem pas plus que ceux d'Europe, peuvent-ils avoir une loi nationale? En France et en Belgique, ils n'en ont plus, puisqu'ils se confondent avec le reste de la nation. Un juif étranger ne pourrait donc pas tester, chez nous, d'après la loi orale des israélites, en invoquant cette loi comme une loi du pays. Mais la Turquie laisse aux populations conquises le droit de se régir d'après leurs lois; la loi orale des juifs fait donc partie des lois de l'Etat, et

(1) Pau, 26 juillet 1853, et Rejet, 3 juillet 1854 (Dalloz, 1854, 1, 313).
(2) Rejet, 30 novembre 1831 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 3412, 1°).

peut par conséquent être invoquée par les étrangers qui appartiennent à la race israélite. Restait une difficulté. Quelles sont les formes prescrites par la loi orale? Le testament ne figure pas dans la loi écrite; on doit donc consulter la loi orale. Il a été jugé que le testament reçu par deux rabbins, non en cette qualité, mais comme témoins, est valable, parce que « tout porte à croire qu'il a été fait dans les formes suivies à Jérusalem par les israélites. » Ce motif a paru étrange au rapporteur de la cour de cassation. En droit, il n'y a point d'à peu près. Un testament reçu à l'étranger n'est valable que s'il est conforme aux lois du pays; est-il régulier, oui ou non? Il n'y a point de milieu entre le non et le oui. Mais peu importe la forme dubitative des motifs, pourvu qu'il soit bien établi que le testament est conforme à la loi orale. Après une laborieuse enquête, le rapporteur conclut que le testament est conforme à la loi orale, donc valable. La cour de cassation a dû se borner à décider qu'il résultait de la loi orale des israélites que le testament litigieux était régulier et authentique suivant les formes usitées à Jérusalem (1).

153. Une dernière difficulté se présente sur les formes dans lesquelles les Français peuvent tester à l'étranger. Il y a des formes qui ne sont ni olographes ni authentiques; le testament fait par un Français dans ces formes sera-t-il valable? Le code dit que le Français peut tester par testament olographe dans les formes prescrites par l'article 970, ou par acte authentique. Résulte-t-il de là qu'il ne peut tester que dans l'une de ces formes? La question est controversée. En apparence, le texte la décide, puisqu'il exige un acte authentique. Mais l'article 999 n'est pas conçu en termes prohibitifs ou restrictifs. Dire que le Français pourra disposer dans telles formes, ce n'est pas dire qu'il ne le peut que dans ces formes. Si l'on entendait l'expression *acte authentique* dans un sens restrictif, il dérogerait à l'adage *Locus regit actum*, sans qu'il y eût un motif quelconque pour justifier cette dérogation.

(1) Rejet, 19 août 1858 (Dalloz, 1859, 1, 81).

L'esprit de la loi, loin d'être restrictif, est d'étendre le droit commun; nous allons voir que l'article 999 permet de faire un testament olographe dans les pays dont la loi n'admet pas cette forme de tester. Pourquoi interdirait-il de tester dans une forme non authentique admise par la loi étrangère (1)? Il faut donc maintenir le principe général.

Cette décision s'applique, à notre avis, au testament mystique, tel qu'il est organisé par le code civil. Ce n'est ni un testament olographe, ni un testament authentique. Nous reviendrons sur ce point. Il a été jugé, en sens contraire, que la forme mystique, dans la législation sarde, qui ne fait que reproduire le code Napoléon, conférait au testament le caractère de l'authenticité; ce qui permet d'appliquer le texte de l'article 999. La cour de cassation n'a fait que confirmer un arrêt de la cour de Paris, lequel décide que l'acte de suscription se lie indivisiblement à l'acte émané du testateur, et confère au testament un caractère solennel (2). Solennel, oui, mais authentique, non. Le testament olographe est aussi solennel, puisqu'il y a des formes prescrites pour sa validité; cependant ce n'est pas un acte public. A notre avis, il suffit que le testament mystique soit autorisé par la législation étrangère pour que le Français puisse tester dans cette forme, sans qu'il y ait lieu d'examiner si l'acte est authentique ou non.

154. L'application au testament de la maxime *Locus regit actum* donne lieu à plusieurs difficultés. Pour décider si l'acte est valable ou nul, il faut naturellement consulter la loi étrangère. On a essayé d'interpréter la loi étrangère par le code civil, en exigeant, sous peine de nullité, l'observation des formes rigoureuses qu'il prescrit. L'erreur est palpable. Peu importe que les formes de notre code soient fondées en raison, cela n'autorise pas l'interprète à transporter notre législation dans une légis-

(1) Demolombe, t. XXI, p. 444, nº 475. Mourlon, d'après Valette, t. II, p. 355. En sens contraire, Aubry et Rau, t. V, p. 485, note 1, § 661.
(2) Paris, 19 avril 1853, et Rejet, 28 février 1854 (Dalloz, 1854, 1, 126).

lation étrangère, à moins que celle-ci n'ait fait que reproduire le code Napoléon (1).

155. Naît maintenant la question de savoir qui doit prouver que l'acte que l'on produit est ou non conforme à la loi étrangère. Il a été jugé qu'un testament reçu à Madrid par un notaire est *présumé* avoir été rédigé selon les formes prescrites par la loi espagnole (2). Le mot de *présomption* dont la cour se sert est inexact; il n'y a pas de présomption sans loi, et où est la loi qui établit la présomption que la cour de Toulouse invoque? Il faut appliquer les principes généraux qui régissent la preuve. C'est au légataire à prouver l'existence du legs. Il fait cette preuve en produisant le testament. Ceux qui prétendent que le testament est nul, doivent le prouver. Ce principe reçoit son application sans difficulté au testament reçu par un officier public, la signature du notaire donne à l'acte le caractère d'authenticité. En serait-il de même d'un testament dans lequel n'interviendrait aucun officier public, tel qu'un testament nuncupatif? Il nous semble que, dans ce cas, c'est au demandeur à prouver que l'acte qu'il produit est un testament, c'est-à-dire qu'il réunit les conditions voulues par la loi étrangère.

156. L'application de ces principes a soulevé une difficulté que la cour de Paris a décidée en termes trop absolus. Un testateur teste dans l'île de Cuba : il ne connaissait pas la langue espagnole, et le notaire ne connaissait pas la langue française, qui était celle du défunt. Il a été jugé que l'on pouvait se servir du ministère d'un interprète; l'arrêt suppose que les témoins doivent connaître les deux langues (3). N'est-ce pas faire la loi, au lieu de l'interpréter? Il fallait avant tout consulter la loi espagnole, pour décider si elle permet de tester par l'organe d'un interprète et quelles sont, dans ce cas, les qualités que doivent réunir les témoins. La question ne peut pas se décider en théorie, comme le fait la cour.

(1) Colmar, 23 janvier 1829, et Rejet, 30 novembre 1831 (Dalloz, n° 3412, 1°).
(2) Toulouse, 11 mai 1850 (Dalloz, 1852, 2, 64).
(3) Paris, 23 décembre 1818 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 3413).

157. Reste à déterminer le lieu où le testament a été reçu, ce qui est une chose essentielle, puisque la validité du testament dépend de la loi du pays où il a été reçu. La cour de cassation a décidé que si le lieu n'est pas énoncé dans le testament même, le juge doit le déterminer d'après les autres énonciations de l'acte. Dans l'espèce, on soutenait que le testament avait été reçu en Angleterre; la cour de Paris le jugea ainsi en se fondant sur les considérations suivantes, toutes puisées dans le testament. L'acte était rédigé en anglais; il avait été signé, scellé et publié en présence de quatre témoins anglais; le testateur avait gratifié sa femme de charge des droits emphytéotiques qu'il avait à Londres sur une maison, rue Mortimer, n° 49, et avait désigné cette maison comme celle où il résidait actuellement (1). On doit de plus consulter la législation étrangère sur le point de savoir si le défaut d'énonciation du lieu vicie ou non le testament. Il en est de même de la question que l'arrêt de la cour de cassation tranche implicitement : Doit-on puiser dans le testament même la preuve qu'il a été rédigé dans tel lieu? ou la preuve peut-elle se faire par témoins?

2. DU TESTAMENT OLOGRAPHE.

158. Aux termes de l'article 999, le Français qui se trouve en pays étranger peut tester par acte sous signature privée, ainsi qu'il est prescrit en l'article 970. Cette disposition déroge-t-elle à la maxime *Locus regit actum* et quelle est la portée de la dérogation? La décision dépend d'une autre question : l'adage s'applique-t-il aux actes sous seing privé et notamment au testament olographe? La question était controversée dans l'ancien droit, et elle l'est encore aujourd'hui. Bouhier et Boullenois soutenaient que c'était une question de statut personnel; ce qui n'est guère admissible, puisque les formes instrumentaires des actes ne concernent pas l'état, ni la capacité ou l'incapacité qui en résultent. Toutefois la loi

(1) Rejet, 6 février 1843 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 3410).

du pays auquel appartient le testateur n'est pas indifférente; s'il laisse des biens situés dans son pays et que la loi de ce pays ne reconnaisse pas les testaments olographes ou ne les admette que sous certaines conditions, le légataire pourra-t-il réclamer les biens en vertu d'un testament olographe fait à l'étranger dans des formes que la loi de son pays ne reconnaît point? Quand la loi du testateur ne contient aucune prohibition à cet égard, il faut s'en tenir à l'adage. Mais si, comme le fait le code hollandais, elle décide que l'indigène ne pourra tester à l'étranger dans la forme olographe que sous certaines conditions, il est certain que le légataire ne pourra invoquer le testament, dans le pays du testateur, que dans les limites de cette loi. La loi oblige-t-elle aussi le testateur à l'étranger pour les biens situés à l'étranger? La question est douteuse; nous l'avons examinée en traitant des statuts (1).

S'il n'y a point de loi concernant les formes dans lesquelles le testament doit être reçu à l'étranger, on reste sous l'empire de l'adage. Donc le Français pourra tester en Belgique dans la forme olographe; il l'aurait pu quand même l'article 999 ne lui en aurait pas donné la faculté. La raison en est que la forme des actes est un statut réel, et ce statut s'applique aux actes sous seing privé aussi bien qu'aux actes authentiques (2). S'il en est ainsi, pourquoi les auteurs du code civil ont-ils jugé nécessaire d'accorder aux Français une faculté qu'ils tenaient d'une maxime qui fait partie du droit des gens? Pour que l'article 999 ait un sens, il faut supposer qu'il déroge au droit commun. Mais en quel sens y déroge-t-il? Nous avons répondu ailleurs à la question. Il y a des législations qui n'admettent pas le testament olographe, ou qui ne l'admettent que sous certaines restrictions. D'après le droit commun, le Français n'aurait pas pu tester dans ces pays en la forme olographe, ou il ne l'aurait pu qu'en se sou-

(1) Voyez le tome I[er] de mes *Principes*, p. 158, n° 100.
(2) Voyez le tome I[er] de mes *Principes*, p. 160, n° 101. En sens contraire, Duranton, t. IX, p. 14, n° 14. Comparez Coin-Delisle, p. 439, n° 3 de l'article 999.

mettant aux restrictions de la loi étrangère ; tandis que, en vertu de l'article 999, il pourra tester en la forme olographe, d'après la loi française. Voilà une dérogation formelle à l'adage. Nous en avons dit la raison ailleurs (t. I, p. 158, n° 100).

159. La dérogation est certaine, mais quelle en est la portée? En faut-il conclure que la forme des testaments olographes est un statut personnel? On l'a prétendu (1), et nous verrons à l'instant que cette question de théorie a un intérêt pratique. Il nous semble que la difficulté n'en est pas une, car les principes les plus élémentaires sur l'interprétation des lois suffisent pour la décider. Que la loi qui règle les solennités d'un acte ne soit pas une loi personnelle, tout le monde en convient; l'opinion de Boullenois et de Bouhier est toujours restée isolée. L'article 999, en dérogeant à l'adage *Locus regit actum*, a-t-il changé la nature des lois concernant les formes? Il a permis au Français de faire un testament olographe, d'après la loi française, dans les pays où cette forme de tester ne serait pas admise. Toute exception doit être renfermée dans les limites de la loi qui l'a établie. L'exception de l'article 999 se borne à accorder au Français une faculté qu'il n'avait pas en vertu du droit commun; voilà tout. Le statut reste donc ce qu'il était, un statut réel.

II. *Comment un étranger peut-il tester en France (en Belgique).*

160. Le code ne parle pas des testaments que l'étranger ferait en France. Il en faut conclure que l'étranger reste sous l'empire du droit commun. Donc il pourra tester par acte public ; cela ne fait aucun doute. Il peut aussi faire des dispositions en la forme mystique ; cela est également admis dans toutes les opinions. D'après l'opinion générale, le testament mystique est authentique ; or, personne ne conteste que l'étranger ne puisse faire un testa-

(1) Marcadé, t. IV, p. 60, n° I de l'article 999. Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, p. 605, note *a*.

ment authentique en France. L'étranger peut-il aussi tester dans la forme olographe? La question est controversée; nous l'avons examinée ailleurs (1). D'après ce que nous venons de dire, elle est très-simple. L'étranger reste soumis au droit commun; or, l'adage *Locus regit actum* lui permet de tester en France dans la forme olographe, ce qui décide la question. On lui oppose l'article 999; il répond que cet article, qui déroge à l'adage en faveur des Français, n'entend certes pas y déroger au préjudice des étrangers; si le Français a une faculté qui dépasse le droit commun, l'étranger peut au moins jouir du droit commun.

161. Le principe s'applique sans difficulté aucune lorsque l'étranger a observé les formalités prescrites par l'article 970 pour la validité du testament olographe. Par contre, s'il ne les a pas observées, le testament sera nul. La cour de cassation l'a décidé ainsi dans un arrêt qui résume les principes que nous venons d'établir. C'est une règle de droit international, dit la cour, que la forme extérieure des actes est essentiellement soumise aux lois, aux usages et aux coutumes du pays où ils sont passés. Cette règle s'applique aux testaments olographes, comme à tous autres actes publics ou privés. L'arrêt en conclut que le testament olographe fait par un étranger en France et dont l'exécution est demandée à des tribunaux français ne peut être déclaré valable qu'autant qu'il réunit toutes les conditions de forme exigées par la loi française, quelle que soit, à cet égard, la législation du pays auquel appartient le testateur. Dans l'espèce, un Anglais avait disposé en France dans la forme olographe, mais sans observer les prescriptions de l'article 970; le testament n'était pas écrit en entier de la main du testateur, et les codicilles n'étaient pas datés. Le testament était donc nul d'après la loi française; la cour de Paris en prononça la nullité, et son arrêt fut maintenu par la cour de cassation. On opposait, dans l'espèce, que le testament était valable selon la loi anglaise; la cour de cassation répond

(1) Voyez le tome Ier de mes *Principes*, p. 158, n° 100.

que tout ce qui tient à l'état du testateur, à l'étendue et à la limite de ses droits, est régi par le statut personnel, qui suit la personne partout où elle se trouve; il en est autrement de la solennité de l'acte et de sa forme extérieure, qui sont réglées par la loi du pays où le testateur dispose (1). On aurait pu soutenir que l'étranger peut se prévaloir par analogie de l'article 999 qui permet au Français de disposer à l'étranger dans la forme consacrée par la loi française. Il est certain que les motifs qui ont fait admettre cette disposition s'appliquent à l'étranger qui teste en France. L'analogie est complète; mais peut-on étendre par voie d'analogie une disposition qui déroge au droit commun? On pourrait l'admettre en cette matière, comme nous l'avons enseigné (t. I, n° 100). L'adage appartient au droit international; la cour de cassation le dit, et cela est incontestable, car le code ne pose pas le principe *Locus regit actum*, il en donne seulement des applications; l'article 999 contient une de ces applications avec une modification établie en faveur des Français. Mais quand il s'agit d'une règle de droit international, la nationalité s'efface et disparaît; ce qui caractérise le droit des gens, c'est qu'il est universel et s'applique à toutes les nations, et par conséquent à tous les individus, quelle que soit leur nationalité. La question reste cependant douteuse, comme toutes les questions de droit civil international qui devraient être décidées par des traités.

162. Il résulte de ces principes une conséquence sur laquelle il ne peut y avoir de doute. Un étranger fait deux testaments en France, le premier dans la forme olographe, conformément à l'article 970, donc valable; le second, dans une forme qui n'est ni olographe ni authentique, donc dans une forme que la loi française ne reconnaît pas, partant nul. Le second testament révoque le premier. On prétendait que la révocation était valable, quoique le testament fût nul. Cela était inadmissible; un testament nul en la forme est considéré comme non existant; or, le néant ne peut pas avoir la force de révoquer un testament régu-

(1) Rejet, 9 mars 1853 (Dalloz, 1853, 1, 217).

lier : la volonté contraire que l'on invoquait étant censée n'avoir pas été exprimée, la première volonté subsistait et devait sortir ses effets (1).

III. *Des testaments reçus par les consuls.*

163. Les consuls de France ont-ils le droit de recevoir les testaments des Français qui résident à l'étranger? Cette question, vivement controversée (2), a été décidée en Belgique par la loi du 31 décembre 1851 sur la juridiction consulaire. L'article 11 porte : « Le consul exerce les fonctions de notaire dans les cas prévus par le code civil. » De là suit que les consuls peuvent recevoir un testament par acte public et un testament mystique. La loi ne dit pas dans quelles formes ils doivent instrumenter. Puisque c'est comme notaire que le consul agit, il doit naturellement se conformer aux lois qui régissent les actes que le notaire reçoit en vertu du code civil; donc tout ce que nous dirons des notaires s'applique aux consuls.

164. Autre est la question de savoir si les agents diplomatiques peuvent tester d'après les formes prescrites par la législation de l'Etat qu'ils représentent, alors que les lois de la nation auprès de laquelle ils sont accrédités n'admettent pas ce mode de tester. L'affirmative est admise par tous les auteurs qui traitent du droit des gens. Elle se fonde sur une fiction universellement reconnue, en vertu de laquelle les ambassadeurs sont censés se trouver dans le territoire de l'Etat qu'ils représentent. Il y a un arrêt en ce sens. Nous renvoyons nos lecteurs au réquisitoire de Merlin qui traite la question avec la supériorité qui le distingue (3). La matière appartient au droit des gens plutôt qu'au droit civil.

(1) Paris, 21 juin 1850 (Dalloz, 1852, 2, 145).
(2) Voyez les autorités citées par Dalloz, au mot *Dispositions*, p. 978, n° 3408, et par Aubry et Rau, t. V, p. 485, note 2, § 661.
(3) Rejet, 28 ventôse an XIII (Dalloz, n° 3414). Merlin, *Répertoire*, au mot *Testament*, sect. II, § III, art. 8 (t. XXXIV, p. 74).

IV. *Mesures d'exécution.*

165. L'article 1000 porte : « Les testaments faits en pays étranger ne pourront être exécutés sur les biens situés en France qu'après avoir été enregistrés au bureau du domicile du testateur, s'il en a conservé un, sinon au bureau de son dernier domicile connu en France ; et dans le cas où le testament contiendrait des dispositions d'immeubles qui y seraient situés, il devra être, en outre, enregistré au bureau de la situation de ces immeubles, sans qu'il puisse être exigé un double droit. »

Cette disposition ne concerne que les intérêts du fisc; elle n'a rien de commun avec la validité du testament.

§ II. *Du testament olographe.*

N° 1. LES FORMES.

166. L'article 970 porte : « Le testament olographe ne sera point valable s'il n'est écrit en entier, daté et signé de la main du testateur; il n'est assujetti à aucune autre forme. » Pourquoi, après avoir dit dans quelles formes le testament olographe doit être rédigé pour être valable, la loi ajoute-t-elle qu'il n'est soumis à aucune autre forme, ce qui allait de soi? Le projet de la commission voulait que l'écrit dressé par le testateur fût présenté à deux notaires comme contenant ses dernières volontés, et qu'il fût dressé acte de la présentation et de la déclaration. Il y avait des coutumes qui n'admettaient les dispositions olographes que si elles étaient attestées par-devant notaire. Les pays de droit écrit avaient toujours résisté à l'introduction de cette forme de tester que le droit romain ignorait. Pour toutes ces raisons, on craignait que le testament olographe, dans sa simplicité, ne rencontrât des résistances dans des habitudes invétérées. Tronchet, pour éviter toute mauvaise chicane, proposa d'ajouter que ce testament n'était soumis à aucune autre forme que celle que le code exigeait. Cela était inutile, mais il est quelque-

fois bon que le législateur dise ce qui va sans dire (1).

167. Le testament olographe est d'origine coutumière; dans les pays de droit écrit, on ne l'admettait qu'en faveur des enfants. C'est, de tous les testaments, celui qui est le plus simple, et par conséquent le moins sujet à être annulé. « Cette forme, dit l'exposé des motifs, est la plus commode, et l'expérience n'a point appris qu'il en soit résulté des abus qui puissent déterminer à la faire supprimer (2). » Il n'a qu'un inconvénient, celui qu'ont tous les actes sous seing privé, c'est qu'il ne fait pas foi par lui-même, et les vérifications d'écriture sont souvent très-difficiles. Le législateur a bien fait de le maintenir; il est dans nos mœurs, ce qui est décisif.

168. Le testament olographe a un avantage, c'est que des personnes qui ne peuvent pas tester par acte public, à raison des formes spéciales que cet acte exige, peuvent faire leurs dispositions dans la forme olographe. Tels sont les sourds-muets. En principe, toute personne peut tester si elle n'est pas déclarée incapable par la loi; et aucune loi ne frappe d'incapacité les sourds et muets (3). Mais il y a pour les divers testaments des formalités spéciales à raison desquelles il est impossible à certaines personnes de tester dans telle ou telle forme. Un sourd-muet ne peut pas dicter ses dernières volontés, il ne peut entendre la lecture de l'acte rédigé par le notaire, ce qui le rend incapable de tester par acte public. S'il sait écrire, il peut faire un testament olographe (4). Il faut cependant ajouter une condition qui résulte de la nature des choses : le testateur doit comprendre ce qu'il écrit. Si le testateur copie un modèle sans comprendre ce qu'il transcrit, on ne peut pas dire qu'il ait écrit ses dernières volontés, bien que les caractères soient tracés de sa main; les mots

(1) Séance du conseil d'Etat, du 26 ventôse an XI, n° 9 (Locré, t. V, p. 263). Coin-Delisle, p. 336, n° 3 de l'article 970.

(2) Discours de Bigot-Préameneu, n° 57 (Locré, t. V, p. 329). Comparez Aubry et Rau, t. V, p. 495, note 1.

(3) Voyez le tome XI de mes *Principes*, p. 162, n° 125.

(4) Bordeaux, 16 août 1836 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 232). Rouen, 23 août 1849 (Dalloz, 1850, 2, 59). Paris, 23 décembre 1851 (Dalloz, 1854, 5, 247, n° 9).

sont l'expression de la pensée ; si la pensée fait défaut, il n'y a plus de manifestation de volonté. Cela est d'évidence (1).

Les aveugles peuvent-ils tester dans la forme olographe? Grenier semble en douter : la prudence, dit-il, conseille à l'aveugle de tester par acte public. La prudence n'est pas le droit. Que dit le droit? La réponse est très-simple : Y a-t-il une incapacité légale? Non. Y a-t-il pour l'aveugle une incapacité de fait d'écrire? C'est une question de fait. L'aveugle peut-il se faire aider par un tiers? La cour de Nancy a validé un testament écrit par une femme aveugle, bien qu'il fût constaté qu'un tiers lui avait prêté un secours officieux, en lui posant la main sur le papier à l'endroit où il fallait tracer chaque mot, en l'avertissant quand il fallait finir une ligne et en commencer une autre. Cela n'empêchait pas que le testament ne fût l'œuvre de la volonté de la testatrice; le tiers n'avait prêté qu'une aide matérielle (2).

I. *L'écriture.*

169. Aux termes de l'article 970, le testament doit être écrit de la main du testateur. Peut-il se faire aider par un tiers? Oui, si le tiers ne prête qu'une aide matérielle. Non, si le testateur trace des lettres sans pensée et sans volonté (n° 168) (3). Le testateur peut-il copier un modèle? Oui, s'il comprend ce qu'il écrit. Cela arrive tous les jours; les testateurs qui ignorent le droit demandent conseil à un notaire ou à un avocat, et certes la loi ne le prohibe pas. Mais si une personne ne sachant pas lire, ne se rendant pas compte de la valeur des lettres qu'elle trace, ni de la signification des mots que leur combinaison produit, écrit un testament qu'un tiers lui épelle lettre par lettre, sera-ce un testament olographe? La lettre y est, mais la pensée et la volonté font défaut; donc il n'y a pas

(1) Bruxelles, 19 décembre 1822 (*Pasicrisie*, 1822, p. 305; Dalloz, n° 232).

(2) Nancy, 19 février 1846, et Rejet, 28 juin 1847 (Dalloz, 1847, 1, 342). Comparez Grenier et Bayle-Mouillard, t. II, p. 610, n° 281.

(3) Troplong, t. II, p. 18, n° 1470. Aubry et Rau, t. V, p. 496

de testament. C'est ce qu'a décidé la cour de cassation. « La loi, en disant que le testament, pour être valable, doit être entièrement écrit par le testateur, suppose nécessairement que celui-ci avait, en écrivant, la conscience de son œuvre et l'intelligence de la valeur des caractères que formait sa main (1). »

170. Dans quelle langue le testateur peut-il écrire son testament? Aucune loi n'exige que le testament olographe soit écrit en français. Il est d'ailleurs très-naturel que le testateur jouisse, à cet égard, de la plus entière liberté, et qu'il puisse se servir de la langue dans laquelle il sait le mieux exprimer sa pensée (2). D'après notre constitution, cela ne fait plus question; nous y reviendrons plus loin.

171. Le testateur peut-il écrire ses dispositions au crayon? Oui, certes, car la loi ne le défend pas; elle exige que le testament soit écrit de la main du testateur; or, écrire au crayon, c'est écrire. On objecte les inconvénients que présente un écrit qui peut être si facilement effacé. Nous répondons que les inconvénients regardent le législateur; c'est à lui de décider si, à raison de ces inconvénients, il doit interdire cette manière d'écrire. Il ne l'a pas fait, et avec raison. La liberté l'emporte sur tous les inconvénients. Ne peut-il pas se faire que le testateur, au moment où il veut tester, n'ait ni encre, ni plume? La cour d'Aix a validé un testament écrit au crayon par un berger qui ne pouvait guère, dans son isolement, se procurer les matériaux ordinaires dé l'écriture (3). On a fait une objection assez spécieuse. Il arrive souvent que nous traçons au crayon des projets d'écrits : un testament écrit au crayon ne serait-il pas un projet d'acte plutôt qu'un acte définitif? Ceci est une question de fait; c'est au juge à décider si l'écrit présente les caractères d'une manifestation des dernières volontés du défunt, ou si ce n'est

(1) Poitiers, 10 mars 1857, et Rejet, 20 décembre 1858 (Dalloz, 1859, 1, 274).

(2) Bordeaux, 26 janvier 1829 (Dalloz, au mot *Droit civil*, n° 186). Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, p. 295.

(3) Aix, 27 janvier 1846 (Dalloz, 1846, 2, 230). Troplong, n° 1472.

qu'un projet; tout ce que l'on peut dire, en droit, c'est que l'usage du crayon ne préjuge rien (1).

172. L'article 970 veut que le testament soit écrit en entier de la main du testateur. De là Pothier conclut qu'un seul mot écrit d'une autre main rendrait le testament nul, quand même ce mot serait superflu dans le testament : « car on ne pourrait dire que le testament est écrit en entier de la main du testateur, ce qui est de l'essence de ce testament. » C'est ce qui a été jugé, ajoute Pothier, pour le testament d'une dame qui avait institué son beau-frère légataire universel; le testament était écrit par la testatrice, mais une autre main avait écrit en interligne le mot *beau;* le testament fut annulé (2). Cette doctrine paraît d'une rigueur extrême; on la justifie par une considération qui est décisive. Dès qu'un tiers écrit, ne fût-ce qu'un mot, dans le testament, cela prouve qu'il y est intervenu; le testateur est-il resté libre malgré cette intervention? La chose est douteuse. Or, dès qu'il y a doute sur ce point, la loi ne peut plus reconnaître l'écrit comme l'expression de la volonté du défunt.

Pothier ajoute une restriction à la doctrine qu'il enseigne et qui est celle de tous les auteurs. Pour qu'un mot écrit par un tiers dans un testament olographe vicie l'acte, il faut qu'il soit constant qu'il y a été mis au su du testateur, de sorte que dans sa pensée, il fait partie du testament. Si, à son insu, un tiers avait ajouté un mot, il est certain que le testament n'en serait pas vicié; car il ne doit pas dépendre d'un tiers d'annuler un testament que le testateur a fait dans la forme légale, puisqu'il l'a écrit en entier de sa main. Ce que Pothier dit d'un interligne s'applique aussi aux apostilles; elles n'annulent le testament, si elles sont écrites de la main d'un tiers, que lorsqu'elles ont été ajoutées au su du testateur. La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens (3).

(1) Bruxelles, 29 février 1868 (*Pasicrisie*, 1868, 2, 227).
(2) Pothier, *Des donations testamentaires*, n° 10.
(3) Bruxelles, 3 août 1853 (*Pasicrisie*, 1855, 2, 126). Montpellier, 5 mai 1872 (Dalloz, 1873, 5, 442, n° 11). Toullier, t. III, 1, p. 196, n° 358 et tous les auteurs.

Même avec cette restriction, la loi paraît encore sévère à l'excès. On a dit qu'il fallait l'interpréter raisonnablement. Si le mot, l'interligne, ou l'apostille, ajoutés par une main étrangère, sont tout à fait inutiles, et que le testament écrit de la main du testateur soit complet, pourquoi l'annulerait-on (1)? L'objection s'adresse au législateur; le texte ne laisse aucun doute : le testament n'étant pas écrit en entier de la main du testateur n'est pas valable; l'article 970 le dit, et nous doutons que le législateur se relâche de sa sévérité. Il faut qu'il y ait une garantie que le testament est l'expression de la libre volonté du testateur; or, comme lui seul est l'auteur du testament olographe, il n'y a de garantie que si le testament est son œuvre exclusive. Dès que la volonté d'un tiers intervient, la liberté du testateur devient douteuse; ce qui justifie la rigueur de la loi. Telle est aussi la tradition (2).

173. Le testament olographe doit-il être écrit d'un seul contexte? On ne ferait pas ces questions, et on ne les porterait pas devant les tribunaux, si l'on avait plus de respect pour la loi. Le silence de l'article 970 la décide; il n'exige qu'une chose, c'est que le testament soit écrit en entier de la main du testateur; libre, après cela, au testateur d'écrire comme il l'entend, à son aise, à des époques successives, aujourd'hui telle disposition et, longtemps après, une autre. Ce sont les expressions d'un arrêt de la cour de Bruxelles (3). C'est encore une question de liberté : que l'on donne au testateur le temps de réfléchir! Parfois c'est une question de nécessité; celui qui est frappé de paralysie doit choisir les moments de remittence que son mal lui laisse; pourvu qu'avec le temps il parvienne à écrire ses volontés, c'est tout ce que l'on est en droit d'exiger (4).

174. Il a été jugé que le testateur peut écrire ses dispositions sur des feuilles volantes, quand même il n'y

(1) Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, p. 296, 298. En sens contraire, Demolombe, t. XXI, p. 69, n° 67.
(2) Coin-Delisle, p. 338, n° 11 de l'article 970. Merlin, au mot *Testament*, section II, § IV, art. III, n° III (t. XXXIV du *Répertoire*, p. 125).
(3) Bruxelles, 20 mai 1829 (*Pasicrisie*, 1829, p. 182).
(4) Rennes, 8 février 1860 (Dalloz, 1861, 2, 3 et suiv.).

aurait aucun lien entre ces feuilles détachées. Les objections ne manquent point, et elles ne sont pas sans gravité. Le testament est indivisible, dit-on, c'est l'expression d'une seule et même volonté; si le testament est écrit sur plusieurs feuilles volantes, n'en peut-on pas supprimer une et en ajouter une autre appartenant à un testament révoqué? Il y a une réponse péremptoire à faire à cette objection, comme à tant d'autres, le texte : la loi n'interdit pas d'écrire le testament sur des feuilles volantes. Est-ce à dire que si un pareil testament était altéré, le juge ne puisse garantir la volonté du défunt, en annulant un acte qui ne serait pas l'expression de sa volonté? Le droit des tribunaux est incontestable; s'il est constant, dit la cour de Limoges, soit par le contexte de l'acte, soit même par des circonstances extérieures, que les feuilles volantes sur lesquelles un testament est écrit n'ont jamais été destinées à faire un corps, ou qu'il y ait eu suppression d'une feuille ou intercalation, ils auraient le droit d'en prononcer l'annulation, non pour vice de forme, mais parce que l'écrit ne serait pas l'expression de la volonté du testateur. C'est donc au juge du fait à examiner s'il y a entre les feuilles séparées une liaison qui n'en forme qu'un seul et même acte complet. Le législateur n'ayant pas réglé la nature et le mode de ce lien, l'appréciation en est abandonnée à la sagesse des juges du fait. Ainsi décidé par la cour de cassation, après délibération en chambre du conseil, dans une affaire où il y eut des consultations en sens divers des sommités du barreau et du professorat (1). La jurisprudence est constante et, à notre avis, la question n'est pas même douteuse. On a objecté que le testament écrit sur des feuilles volantes n'était qu'un projet de disposer, et non une manifestation définitive de la volonté du défunt. Ceci encore est une question de fait que les tribunaux décideront d'après le texte du testament et d'après les circonstances de la cause (2).

(1) Limoges, 24 juillet 1840, et Rejet, 21 juin 1842 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 2649).

(2) Rejet, 3 décembre 1850 (Dalloz, 1851, 1, 46), 16 août 1852 (Dalloz, 1852, 5, 533, n° 10), 17 juillet 1867 (Dalloz, 1868, 1, 210). Comparez Paris, 22 janvier 1850 (Dalloz, 1850, 2, 79).

L'application du principe donne parfois lieu à des difficultés sérieuses. Il ne suffit pas que le testament olographe soit écrit par le testateur, il faut encore qu'il soit daté et signé ; ces trois formalités, écriture, date et signature, forment un tout indivisible, en ce sens que le testament entier doit être écrit par le testateur et que la date et la signature doivent également se rapporter à tout le testament. Si le testament se compose de plusieurs feuilles séparées, ces feuilles formant un tout, il suffit que le testateur mette la date et la signature à la dernière feuille. On ne peut pas exiger que toutes les feuilles soient datées et signées, ce serait considérer chaque feuille comme un testament à part, tandis qu'elle ne forme qu'une partie du testament. La cour de cassation l'a jugé ainsi, et cela n'est pas douteux. Dans l'espèce, il se présentait une irrégularité apparente. Le testament était écrit sur deux feuilles de papier timbré d'un millésime différent. Sur la première feuille, qui était double, la testatrice instituait un légataire universel et révoquait une donation entre-vifs qu'elle avait faite à son mari ; sur la seconde, se trouvaient des legs particuliers. La première feuille portait, au bas de la quatrième page, la signature de la testatrice sans date; la seconde était terminée par la date et une nouvelle signature. On attaqua le testament pour défaut de date. Il a été jugé que les deux feuilles formaient un tout, ce qui était certain, puisque la testatrice avait pris soin de numéroter les pages et, de plus, au bas de la quatrième, après sa signature, elle avait écrit : *Tournez, s'il vous plaît;* et à la fin de la quatrième page, elle approuvait les ratures faites sur les deux feuilles. Dès lors il suffisait d'une seule date, et la signature que la testatrice avait mise à la quatrième page était surabondante (1).

Un cas plus douteux s'est présenté; la question a été décidée contre la validité du testament. Le testateur avait oublié de mentionner le mois; la date portait : le 4 mil huit cent soixante-quatre; elle était apposée au bas de la dernière feuille du testament. Les feuilles mises sous en-

(1) Rejet, 17 juillet 1867 (Dalloz, 1868, 1, 210).

veloppe furent déposées chez un notaire. L'enveloppe portait : « Ceci est mon testament »; suivait la signature et la date du 4 juillet 1864. Il a été jugé que ce testament était nul pour défaut de date. La décision est rigoureuse, mais elle est fondée en droit. Toutes les feuilles, sans doute, ne font qu'un seul et même tout, et il suffit que la dernière soit datée. Mais l'enveloppe ne fait pas partie du testament. La suscription n'avait pas pour objet de constater la date du testament, le testateur l'avait daté, en oubliant le mois; la suscription avait seulement pour objet de constater le jour du dépôt. A la vérité, on pouvait dire que le 4, jour de la rédaction du testament, était le 4 juillet, jour du dépôt. Mais la cour de Paris dit très-bien que ce serait là une preuve que le testament avait été réellement fait le 4 juillet; or, il ne suffit pas que l'on prouve que le testament a été fait à telle date, il faut que le testateur ait daté ses dispositions pour que l'écrit soit un testament, de même qu'il doit l'avoir écrit et signé. On prouverait jusqu'à l'évidence que la volonté du testateur a été de faire telles dispositions, que cela ne suffirait pas pour qu'il y eût un testament olographe, si la volonté n'avait été exprimée comme le veut la loi; donc, sans date suffisante il n'y a pas de testament, quand même il serait certain que le testateur l'a fait à la date que porte l'enveloppe ou le dépôt (1).

175. Il ne faut pas confondre le cas où le testateur écrit les dispositions d'un seul et même testament sur des feuilles séparées avec le cas où le testateur fait plusieurs testaments successifs, soit sur des feuilles séparées, soit sur une seule et même feuille. Il y a alors plusieurs testaments distincts, et chacun, pour être valable, doit réunir les conditions voulues par l'article 970; de sorte que l'un peut être valable et l'autre nul. Le testateur, dans un premier testament, donne à ses deux domestiques 20,000 francs, 10,000 à chacune d'elles; la disposition était mal rédigée, on pouvait contester qu'elle renfermât un legs, mais elle était valable en la forme, écrite, datée et signée

(1) Paris, 3 juin 1867, et Rejet, 9 juin 1869 (Dalloz, 1869, 1, 495).

du testateur. Venait ensuite une seconde disposition qui expliquait que la première était un legs; elle était écrite par un tiers et signée par le testateur. Enfin, il y avait un troisième écrit, sur la même feuille, contenant diverses libéralités au profit des mêmes légataires, écrites et signées, mais non datées. Il a été jugé que ce testament renfermait trois corps d'écriture distincts, c'est-à-dire trois testaments ; le deuxième et le troisième étaient nuls en la forme, le premier valable en la forme, mais on contestait qu'il renfermât un legs. La cour d'Aix le valida, et avec raison, car les expressions dont le testateur s'était servi impliquaient qu'il entendait disposer à cause de mort. On prétendait que les diverses dispositions formaient un seul et même testament. Cela n'est pas exact. La différence de date a pour conséquence des dispositions différentes; qu'importe qu'elles se trouvent sur une seule feuille et qu'elles soient faites au profit des mêmes légataires (1)?

176. Il y a d'autres difficultés qui concernent tout ensemble la volonté du testateur et la forme dans laquelle la volonté est exprimée. Le testateur doit manifester l'intention de disposer pour cause de mort. Cette intention constitue l'essence du testament, puisque le testament n'est autre chose qu'une disposition à cause de mort. Le disposant doit-il le dire en termes exprès? Non, certes. Tout ce qui résulte des textes et des principes, c'est que le testateur dispose, pour le temps où il n'existera plus, de tout ou partie de ses biens (art. 895). C'est la définition que le code donne du testament; elle implique que dans tout testament il doit y avoir une disposition et que cette disposition doit être à cause de mort.

Il faut d'abord qu'il y ait une disposition de biens (2). Le principe n'est pas douteux ; mais l'application, comme toujours, n'est point sans difficulté. Il a été jugé qu'un acte écrit, daté et signé, par lequel un fils déclare « qu'il promet donner tout ce qu'il possède encore au monde à

(1) Aix, 25 août 1825 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 2605, 1°)
(2) Amiens, 13 juillet 1822 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 2474).

sa mère, en foi de quoi il signe, » n'est pas un testament. La cour ne s'est-elle pas trop attachée à la lettre de l'acte en décidant qu'il ne contenait qu'une *promesse de donner?* Entre-vifs, une promesse de donner serait translative de propriété (art. 1138); le mot *promesse* ne signifie donc pas, en droit, une simple intention, un projet. Et quand le disposant ajoute qu'il promet de donner *tout ce qu'il a en ce monde*, cela ne prouve-t-il pas qu'il entend disposer pour le temps où il ne sera plus? Cette promesse, dans sa pensée, était un acte sérieux, car il déclare qu'il le signe pour faire foi de ses intentions. Fait-on une déclaration pareille pour ne rien dire? Car c'est à cela qu'aboutit la décision de la cour de Grenoble (1).

Il faut une disposition à cause de mort. Ici nous rencontrons une vieille théorie qui a pour elle les jurisconsultes les plus autorisés et qu'il nous est cependant impossible d'admettre. Nous laissons la parole à Merlin (2). Qu'est-ce qu'un testament? Merlin cite la définition que Justinien donne dans ses Institutes : « C'est la déclaration légale de ce que l'on veut être fait après sa mort. » La définition du code est tout aussi explicite : C'est un acte par lequel le testateur dispose *pour le temps où il n'existera plus*. Ainsi pour qu'un homme soit censé faire un testament, il faut qu'il rédige sa disposition de manière qu'elle ne soit susceptible d'exécution qu'après sa mort. Supposons qu'une personne dise simplement : *Je donne;* elle ne fait point un testament, parce que ces mots *je donne* emportent par eux-mêmes une donation présente, un dessaisissement actuel; ils n'annoncent pas l'intention de ne donner que dans un temps où l'on aura cessé de vivre. Nous contestons le point de départ de Merlin, il est beaucoup trop absolu; les Institutes disent aussi que le legs est une *espèce de donation*. Cela prouve que le mot *donner* a deux sens : on peut donner entre-vifs, on peut donner par testament. Pothier s'est servi du même mot pour les deux traités qu'il a écrits sur l'objet de notre titre; l'un

(1) Grenoble, 18 juillet 1838 (Dalloz, n° 2608).
(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Testament*, sect. II, § IV, art. III, n° I (t. XXXIV, p. 118 et suiv.).

est intitulé *Des donations* entre-vifs ; l'autre, *Des donations testamentaires*. Merlin avoue que le mot *donner* s'emploie dans les legs, mais, dit-il, il ne constitue pas par lui-même un legs, il ne le constitue que parce qu'il est accompagné d'autres expressions qui manifestent l'intention de léguer. Si le donateur ne dit rien qui ait trait à la mort, les mots *je donne* rentrent dans leur sens propre, et dans ce sens ils ne conviennent qu'à une donation entre-vifs. Merlin cite une loi romaine; il est par excellence l'homme de la tradition; cette tendance a son écueil, c'est que l'on ne tient pas assez compte du droit nouveau. La donation entre-vifs se distingue aujourd'hui du testament par un caractère très-simple, c'est un contrat solennel, qui n'existe que lorsqu'il est reçu par notaire et qu'il y a acceptation expresse du donataire; tandis que le testament olographe se fait par un acte sous seing privé, sans intervention du légataire. Lors donc que, dans un écrit sous seing privé, il est dit : *Je donne* tout ce que j'ai au monde à ma mère, dira-t-on que l'auteur de cet écrit fait une donation, parce qu'il se sert du mot *donner* sans dire qu'il dispose pour le temps où il ne sera plus? On ne peut lui supposer une intention pareille, car ce serait supposer qu'il a fait un acte pour ne rien dire.

Merlin conclut que, dans le doute, une donation doit être présumée entre-vifs plutôt qu'à cause de mort. C'est ce qu'enseignent tous les auteurs, dit-il. Nous nous contentons de citer Voet, qui exige, pour qu'il y ait donation à cause de mort, la mention du décès du donateur; si la chose est douteuse, alors même que la donation a été faite par un homme malade ou agonisant, on doit présumer que celui-ci a donné entre-vifs. Merlin donne aux paroles de Voet une portée qu'elles n'ont point. Le jurisconsulte hollandais ne parle point des testaments, il parle de cette espèce particulière de libéralité que l'on appelait *donation à cause de mort*. C'est pour distinguer cette donation de la donation entre-vifs que Voet exige que, dans la première, il y ait une mention de la mort du disposant, ce qui est très-naturel, puisque la mort était la condition de la disposition. Il n'y a plus de dona-

tion à cause de mort, ce qui simplifie singulièrement la question. La comparaison n'est plus qu'entre la donation entre-vifs, contrat authentique, et le testament olographe, acte sous seing privé : est-il besoin de recourir à des présomptions pour distinguer un acte notarié d'un acte sous seing privé? Aussi le législateur se garde-t-il bien d'établir une présomption pareille; et est-il nécessaire de dire qu'il n'y a pas de présomption légale sans loi?

La doctrine traditionnelle, d'après Merlin, est donc celle-ci : « Point de testament sans *expressions* qui indiquent *manifestement* l'intention de disposer à cause de mort, et par conséquent point de testament si l'on dispose en termes qui caractérisent une donation actuelle. Merlin ne se demande pas si le code a consacré cette doctrine, il n'en doute pas, tant il est vrai qu'il vit dans la tradition. Cependant il suffit de lire l'article 895 pour se convaincre que la doctrine de Merlin ajoute au texte; la loi dit bien que le testateur dispose pour le temps où il n'existera plus; elle ne dit pas qu'il faille des *expressions* qui indiquent *manifestement* l'intention de disposer à cause de mort. Nous allons voir l'application que Merlin fait de son opinion; elle confirme nos doutes.

Une veuve *donne* à un enfant mineur une maison, en ajoutant que pendant quatre ans le revenu sera employé au profit des pauvres. Elle lui *donne* en outre une autre maison et des terres qu'elle énumère. Elle remet cet acte au père du mineur. L'acte était daté du 12 floréal an IX; la donatrice mourut le 18 thermidor de la même année. On attaqua le testament; la cour d'Angers décida que l'acte ne renfermait dans son contexte aucune *expression* qui caractérise une disposition testamentaire et la distingue d'une donation entre-vifs; que partant il ne pouvait produire aucun effet. Pourvoi en cassation. Merlin conclut au rejet. L'arrêt était l'application littérale de sa doctrine. Les mots *Je donne* indiquaient une donation entre-vifs; il n'y avait pas d'*expression* qui manifestât l'intention de disposer à cause de mort; donc l'auteur de l'acte était *censé* avoir fait une donation entre-vifs. C'est-à-dire qu'il était censé avoir écrit un acte pour ne rien

faire. Merlin prévoit l'objection. La donation, dit-il, et le testament sont des actes dont toute la valeur est dans leur solennité et dont toute la solennité est dans leurs formes. Si donc on néglige les formes qui leur sont propres, qu'est-on censé avoir voulu faire? Rien. « La loi présume alors qu'on a rédigé un acte défectueux pour se dérober à des suggestions importunes en paraissant y céder; elle présume qu'en faisant semblant de disposer, on n'a réellement voulu faire aucune disposition. » Sans doute, le testament est un acte solennel; mais quelles sont les solennités que prescrit l'article 970? L'écriture, la date et la signature; il n'est assujetti à aucune autre forme, dit la loi. Or, dans l'espèce, l'acte était écrit, daté et signé; il contenait une disposition de biens. Fallait-il de plus une *expression* marquant que la disposition était à cause de mort? La loi ne l'exige pas. La forme que la disposante employait prouvait qu'elle voulait faire un testament et non une donation. Or, la question n'est pas une question de formes, de solennités, c'est une question d'intention; il s'agit de savoir si le disposant a voulu faire un acte sérieux, ou s'il n'a rien voulu faire. La loi présume, dit Merlin, qu'il n'a rien voulu faire, parce qu'il s'est servi d'une expression qui indique une donation entre-vifs, tandis qu'il n'a pas observé les formes prescrites pour la donation. Nous répondons que le disposant a observé les formes que la loi prescrit pour le testament olographe; il faut donc considérer l'acte comme un testament; le mot *donner* n'est pas un obstacle, puisqu'il s'entend des legs aussi bien que des donations.

La cour de cassation rejeta le pourvoi en se bornant à déclarer que l'arrêt attaqué avait pu, sans violer aucune loi, juger que l'écrit dont il s'agissait n'avait pas le caractère d'un testament olographe (1). Merlin remarque que la cour s'est abstenue de décider si l'arrêt avait bien ou mal jugé au fond. Il n'y a rien de tenace comme les traditions juridiques. La cour de Caen a appliqué la doctrine traditionnelle à un testament olographe par lequel le

(1) Rejet, 6 thermidor an XIII (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 2601).

testateur disait : « Je donne à... tout ce que je possède; » il mourut quatre jours après. La cour de Caen s'est attachée au terme *je donne*, pour en induire que l'auteur de l'acte ne donnait pas ce qu'il délaisserait à son décès, qu'il donnait ce qu'il avait actuellement, qu'il disposait donc, non pour le temps où il n'existerait plus, mais pour le temps présent. C'est là un exemple frappant de l'interprétation mécanique que nous avons combattue plus d'une fois et qui aboutit à faire dire au législateur ou à l'auteur d'un acte tout le contraire de ce qu'ils veulent dire. Est-ce qu'il est dans l'habitude des hommes de se dépouiller actuellement, irrévocablement de tous leurs biens? Quand donc quelqu'un dit qu'il donne tout ce qu'il possède, doit-on admettre facilement qu'il entend faire une donation entre-vifs? Il dispose dans la forme du testament olographe; n'est-il pas naturel de supposer qu'il a voulu tester? Et pourquoi transformer en une mauvaise plaisanterie un acte que l'on fait à la veille de sa mort? Car c'est bien à cela qu'aboutit l'interprétation de la cour d'Angers. Le disposant déclare *donner* tout ce qu'il possède; il sait que le mot *donner* implique une donation, il sait aussi que la donation est un contrat solennel, et c'est parce qu'il le sait, qu'il dispose ainsi, afin de faire un acte nul! Nous ne demanderons pas si cette interprétation est conforme à l'intention du disposant, nous demanderons si elle a le bon sens. Cependant Merlin approuve. La cour de cassation n'a pas approuvé la décision au fond, elle s'est bornée à rejeter le pourvoi, parce qu'aucun texte de loi n'avait été violé (1).

Les arrêts de la cour de cassation que nous venons de citer ne sont pas des décisions doctrinales; si on veut les considérer comme telles, il faut dire que la cour est revenue

(1) Caen, 11 juillet 1820, et Rejet, 5 février 1823 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 2602). En sens contraire, Duranton, t. IX, p. 54, n° 43. Il y a un arrêt de la cour de Gand, du 5 juillet 1834 (*Pasicrisie*, 1834, 2, 174), dans le sens de la doctrine traditionnelle, mais c'est un arrêt d'espèce plutôt que de principe. Troplong dit (n° 1478) qu'il faut suivre la doctrine traditionnelle, en se gardant pourtant de l'exagérer. C'est ne rien dire. Si le principe est vrai, il faut l'appliquer, l'application n'est pas une exagération; mais l'application prouve que le principe même est faux.

sur sa jurisprudence. On trouve parmi les papiers d'une dame, après sa mort, un acte écrit, daté et signé de sa main, par lequel elle déclare donner 300 francs de rente annuelle à ... et sa montre en or. L'acte était contenu dans une enveloppe cachetée avec cette suscription : *Mes volontés*. On attaqua le testament, parce qu'il n'indiquait pas l'intention de donner à cause de mort. Le tribunal de première instance repoussa cette prétention; mais sa décision fut infirmée par la cour d'Orléans. Il importe de bien préciser les motifs de l'arrêt. La cour ne nie point que l'auteur de l'acte eût l'intention de faire un testament; cela ne suffit pas, dit-elle, il faut encore remplir les formalités, tant intrinsèques qu'extrinsèques, nécessaires à sa validité. Quelles sont ces formalités? L'article 895, qui n'a fait que consacrer les anciens principes, porte que le testament est un acte par lequel le testateur dispose, *pour le temps où il ne sera plus*, de tout ou partie de ses biens. Il faut donc qu'il contienne en lui-même, soit en *termes exprès*, soit en *termes équipollents*, la preuve que son auteur n'a voulu disposer que pour le temps qui suivra son décès. Or, l'écrit que l'on produisait comme testament ne contenait aucune expression pareille; donc il ne pouvait valoir comme acte de dernière volonté. On opposait la suscription qui se trouvait sur l'enveloppe : *Mes volontés*. La cour répond que l'enveloppe n'est pas un testament; que d'ailleurs les termes de la suscription ne sont pas plus explicites que les termes de l'acte lui-même. L'arrêt est l'application rigoureuse de la doctrine traditionnelle, telle que Merlin l'a formulée; c'est un modèle d'interprétation mécanique, s'emparant des paroles qui expriment la volonté du défunt pour annuler cette volonté. L'arrêt a été cassé après délibération en la chambre du conseil. C'est dire que la cour de cassation répudie la doctrine traditionnelle. Elle prend comme point de départ la définition du testament olographe donnée par l'article 970; or, l'acte attaqué était écrit, daté et signé de la main du défunt. La cour d'Orléans lui refusait le caractère de testament par le motif unique qu'il n'exprimait pas en termes exprès ni équipollents qu'il avait été fait à cause de mort. Quel

est l'article du code qui prescrit cette manifestation d'intention sous peine de nullité? Ce n'est pas l'article 970, puisqu'il dit, au contraire, que le testament olographe n'est soumis à aucune autre forme. Merlin aurait objecté que l'auteur de l'acte déclarait *donner* et que comme donation l'acte était nul. La cour répond à l'objection en invoquant le principe d'interprétation consacré par l'article 1157, aux termes duquel un acte doit toujours être pris dans le sens avec lequel il produit effet. Or, il était impossible de voir une donation dans l'acte attaqué; il contenait deux dons distincts qui n'avaient été délivrés à aucun des donataires durant la vie du disposant; l'acte, resté dans ses mains, n'avait été trouvé qu'après sa mort, cacheté dans une enveloppe avec la suscription : *Mes volontés*. La cour de cassation en conclut que le défunt avait eu l'intention de disposer à cause de mort; et qu'en jugeant le contraire, par le motif que le testament olographe, pour être valable, doit contenir, en termes exprès ou équipollents, la manifestation de l'intention du testateur de faire une disposition de dernière volonté, la cour d'Orléans a ajouté à la disposition de l'article 970 et violé par conséquent cette disposition, ainsi que l'article 1157 (1).

177. Nous avons longuement insisté sur le principe, parce que nous avons contre nous l'autorité de Merlin, appuyée sur la tradition. La jurisprudence est décidément contraire à l'opinion traditionnelle. Une femme dispose, au profit de son mari, par un acte sous seing privé, en déclarant qu'elle lui *donne*, en toute propriété, tout ce qu'elle possède de biens meubles et immeubles, et en y ajoutant des charges. Si, dit-elle, son mari refuse la donation qu'elle lui fait, elle fait la même donation à sa mère. Voilà les mots *donner, donation* répétés; Merlin aurait dit : C'est une donation, nulle comme telle. Mais la nature de la disposition répugnait à cette interprétation. La disposante donnait tous ses biens meubles; ces biens faisaient partie de la communauté; elle donnait donc ce qui ne devait lui appartenir qu'à la dissolution de la com-

(1) Cassation, 21 mai 1833 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 2599).

munauté, c'est-à-dire à sa mort; de plus, elle prévoyait que le mari préférerait s'en tenir aux gains de survie stipulés dans le contrat de mariage, ce qui impliquait encore le décès de la disposante. D'ailleurs, dit la cour de cassation, peut-on supposer que celui qui dispose de tous ses biens veuille se dépouiller entre-vifs (1)?

La jurisprudence a même validé des dispositions qui, en apparence, n'étaient ni une donation ni un testament. Un acte écrit, daté et signé, porte que l'auteur de l'écrit n'a la propriété de rien dans la maison qu'il habite, qu'en conséquence après sa mort, la demoiselle, propriétaire de la maison, pourra faire ce que bon lui semblera de tous les objets mobiliers qui s'y trouveront, et que telles sont ses bonnes volontés. Le mot *volontés* indiquait que le défunt faisait une disposition; seulement il avait l'air de disposer de ce qui ne lui appartenait pas; mais déclarer que les objets mobiliers ne lui appartenaient pas, c'était dire implicitement qu'il les donnait, et il les donnait à cause de mort, puisqu'il disait qu'après sa mort la propriétaire de la maison en ferait ce qu'elle voudrait (2).

178. Les dérogations que le testateur apporte à ses dispositions soulèvent plus d'une difficulté. Nous avons dit, en exposant les principes généraux sur les testaments, que le mandat verbal que le testateur donne au dépositaire de ses dernières volontés ne peut pas être invoqué comme modifiant la volonté du défunt (3). Mais que faut-il décider si le mandat est donné par une lettre écrite, datée et signée du testateur? Il a été jugé que cet acte vaut comme testament. Une dame lègue une somme de 400,000 francs, payable après le décès de son fils. Le testament était placé sous un pli non cacheté intitulé : *loi de dépôt*, et portant : « Ci-inclus est un acte que M., notaire, ou son successeur, gardera en dépôt jusqu'au décès de mon fils, dans le cas où il mourrait sans enfants légitimes; l'acte sera mis à néant si mon fils laissait en mou-

(1) Rejet, 11 mai 1831 (Dalloz, n° 2603, 2°).
(2) Bordeaux, 11 juin 1838. Comparez Aix, 25 août 1825 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 2605).
(3) Voyez plus haut, n° 111, p. 107.

rant un ou plusieurs enfants légitimes. » Cet acte, qualifié de *loi de dépôt*, était une véritable clause du testament; en effet, il renfermait l'expression des volontés de la défunte, pour régler le sort de ses biens après sa mort; c'était donc un acte testamentaire, et comme il était valable en la forme, la cour de Lyon a très-bien jugé qu'il se confondait avec le testament olographe du même jour et ne faisait qu'un avec cet acte, dans la pensée de la testatrice (1).

179. Par quel acte le testament peut-il ou doit-il être fait? Qu'il ne soit pas nécessaire que l'acte porte le titre de testament, cela va de soi, puisque la loi laisse pleine liberté aux testateurs de disposer sous telles dénominations qu'ils veulent (art. 967). Cette liberté s'étend aussi à la nature de l'acte. Il a été jugé qu'un acte qualifié de bail est valable comme testament s'il est écrit, daté et signé par le bailleur, et si le bailleur a eu l'intention de gratifier le preneur, à ce titre, après sa mort. Or, dans l'espèce, le bailleur renouvelait le bail pour quinze ans, à partir de sa mort, et accordait aux preneurs, en considération de leur bonne conduite, une réduction de deux cents francs par an. Il y avait donc libéralité quant au montant du fermage, il y avait un avantage quant à la durée du bail; ce double profit commençait à courir après la mort de celui qui le procurait à ses fermiers; donc il y avait un legs sous forme de bail (2).

Il faut cependant que l'acte qui contient une libéralité à cause de mort soit valable en lui-même; s'il est nul, il entraînera la nullité de la disposition testamentaire. Ainsi l'acte par lequel un homme promet à une fille de l'épouser et s'engage, dans le cas où il contracterait un autre mariage, à lui payer une certaine somme, en ajoutant que, s'il vient à décéder avant d'être marié, cette même somme lui sera payée par ses héritiers, ne peut pas être invoqué comme un testament, bien que la dernière clause renferme une disposition à cause de mort; mais

(1) Lyon, 24 janvier 1865 (Dalloz, 1865, 2, 49).
(2) Liége, 9 juin 1838 (*Pasicrisie*, 1838, 2, 146; Dalloz, n° 2606).

cette disposition n'est que l'accessoire d'une promesse de mariage garantie par une clause pénale; or, la promesse est nulle, la peine est nulle et par conséquent aussi l'obligation imposée aux héritiers de payer la somme (1).

180. On demande si une disposition testamentaire peut être faite dans une lettre. Ce qui a donné lieu à la question, c'est que l'ordonnance de 1735 déclarait nulles toutes dispositions à cause de mort faites par lettres missives. L'orateur du gouvernement, après avoir dit, dans l'exposé des motifs, que le code civil n'admet que trois espèces de testaments, le testament olographe, le testament par acte public et le testament dans la forme mystique, ajoute que les autres formes de testaments et, à plus forte raison, les dispositions qui seraient faites verbalement, par signes ou par *lettres missives*, ne seront pas admises (2). Bigot-Préameneu considère donc le testament fait par lettre comme une forme distincte du testament olographe. C'est une erreur. Une lettre écrite, datée et signée de la main de celui qui y fait une disposition à cause de mort, est un testament olographe, valable comme tel, puisque le code ne reproduit pas la défense que faisait l'ordonnance de 1735. Quant au discours de l'orateur du gouvernement, il n'a aucune autorité, puisqu'il est en opposition avec les principes (3).

La question de droit n'en est pas une. Mais il y a d'ordinaire une difficulté de fait. Pourquoi l'ordonnance avait-elle prohibé les testaments par lettres missives? Parce qu'il y a doute sur le point de savoir si les dispositions contenues dans une lettre sont sérieuses, ou si ce ne sont que de simples compliments et de vaines démonstrations d'affection. Ce sont les expressions de Furgole (4). Les mêmes doutes peuvent se reproduire sous l'empire du code. C'est une question de fait. Le juge examinera s'il y a une disposition sérieuse, définitive, ou

(1) Caen, 6 mars 1850 (Dalloz, 1855, 5, 364).
(2) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 56 (Locré, t. V, p. 329).
(3) Duranton, t. IX, p. 25, n° 26, et tous les auteurs. Voyez surtout Merlin, *Répertoire*, au mot *Testament*, sect. II, § I, art. V (t. XXXIII, p. 345).
(4) Furgole, *Des testaments*, chap. II, sect. VII, n° 20 (t. I, p. 117).

s'il ne s'agit que d'un vague projet, et il admettra en conséquence le testament, ou déclarera qu'il n'existe pas (1).

La jurisprudence est en ce sens. Il a été jugé que la lettre écrite, datée et signée de la main de son auteur, dans laquelle celui-ci donne mission à un tiers de distribuer aux enfants de ses neveux, de six en six mois, une somme de 10,000 francs que son légataire universel devra verser entre les mains du tiers, doit être considérée comme un testament olographe, et non comme le simple projet d'un testament à faire ultérieurement, projet non réalisé, et partant de nulle valeur. Il y avait un motif de douter, c'est que le testament qui instituait le légataire universel ne faisait aucune mention de cette charge. La testatrice s'en était d'abord rapportée à l'honneur et à la délicatesse du légataire universel, comptant que l'on ne serait jamais dans le cas d'agir contre lui. Si la charge, contenant un legs au profit des enfants, était restée dans ces termes, elle eût été nulle, car c'eût été un legs verbal. L'ecclésiastique que la testatrice avait chargé de l'exécution de ses volontés insista pour avoir un écrit qui seul lui donnerait le moyen de vaincre la résistance peu probable, mais possible, du légataire universel. La lettre de la défunte était une réponse à cette demande, ce qui prouvait qu'elle était destinée à être produite, au besoin, en justice. Le vicaire général ne s'était pas trompé; le légataire refusa d'exécuter le legs; il y fut contraint par arrêt (2).

Si les intentions du défunt sont restées à l'état de projet, il ne peut être question de testament. C'est ce qu'a jugé la cour de Bruxelles par un arrêt que l'on a invoqué comme décidant la question de droit, tandis qu'il ne juge qu'en fait : la pièce produite, dit la cour, comme contenant un testament, n'est qu'une lettre missive, et appréciée de la manière la plus favorable aux prétendus légataires, on n'y peut voir qu'un projet de dernière volonté, et un projet n'est pas une disposition. La cour de Bruxelles a jugé depuis, et en termes formels, qu'un testament

(1) Coin-Delisle, p. 341, nº 24 de l'article 970.
(2) Poitiers, 16 mars 1864 (Dalloz, 1864, 2, 117).

peut être fait par lettre, pourvu qu'il y ait volonté sérieuse de disposer (1), et telle est aussi la jurisprudence française (2).

181. La loi du 25 ventôse an XI contient des dispositions concernant les interlignes, ratures, surcharges, apostilles et renvois. On a prétendu que ces formes étaient applicables aux testaments olographes, puisque ce sont des actes solennels. Solennels, oui, mais authentiques, non, et la loi de ventôse ne s'applique qu'aux actes reçus par les notaires. La jurisprudence est unanime sur ce point, et la chose n'est pas douteuse (3). Il en résulte que le testament ne laisse pas d'être valable, quoiqu'il y ait des surcharges, des renvois, des ratures, sans approbation aucune. Le législateur a voulu permettre à toute personne sachant écrire, quoique illettrée, de faire un testament dans la forme olographe; il devait donc se garder de l'entraver par des formalités dont l'inobservation eût entraîné la nullité de l'acte. Tout ce que la loi exige, c'est l'écriture, la date et la signature. Néanmoins les difficultés que la loi de ventôse a prévues pour les actes authentiques se représentent en fait quand il s'agit des testaments olographes.

Les mots surchargés sont illisibles; ce que l'on ne peut pas lire ne saurait produire aucun effet, ces mots seront donc considérés comme non écrits. Il en peut résulter que la disposition testamentaire deviendra inefficace (4). Mais la difficulté n'est que de fait, elle est décidée souverainement par les cours d'appel (5).

182. Que faut-il décider si les surcharges sont de la main d'un tiers? La même question se présente pour les renvois, les apostilles, les interlignes. Si le tiers a agi à l'insu du testateur, il est certain que les corrections ou

(1) Bruxelles, 16 août 1807 (Dalloz, n° 2612), 23 août 1846 (*Pasicrisie*, 1847, 2, 94).

(2) Colmar, 5 avril 1824 (Dalloz, n° 2607); Orléans, 3 juin 1842 (Dalloz, n° 2614); Rejet, 7 juin 1852 (Dalloz, 1852, 1, 166). Paris, 19 mars 1873 (Dalloz, 1873, 2, 113).

(3) Rejet, 11 juin 1810 (Dalloz, n° 1661). Paris, 8 mars 1844 (Dalloz n° 2634, 3°).

(4) Paris, 16 novembre 1832, et Rejet, 15 janvier 1834 (Dalloz, n° 2640).

(5) Rejet, 29 avril 1824 (Dalloz, n° 2711).

les additions qu'il aura faites au testament ne peuvent être une cause de nullité; le testament était valable, puisqu'on suppose qu'il était écrit, daté et signé de la main du testateur; et il ne saurait être invalidé par le fait d'un tiers. Mais si le tiers a agi au vu et su du testateur, il faut décider, d'après la rigueur du droit, que le testament est nul. En effet, il est de l'essence du testament olographe qu'il soit écrit en entier, daté et signé de la main du testateur, c'est-à-dire qu'il soit son œuvre exclusive; dès que la main d'un tiers s'y montre, il est vicié; c'est le texte et l'esprit de la loi. La cour de Bourges l'a jugé ainsi. Il y avait dans le testament attaqué des virgules, des accents, deux *s*, et six indications de renvois qui n'étaient pas de la main de la testatrice; donc l'écrit n'était pas en entier de sa main, ce qui en entraînait la nullité. On opposait que les corrections faites par le tiers n'ajoutaient rien aux dispositions. Peu importe, dit l'arrêt; il n'en est pas moins vrai que les interpolations ayant été faites du consentement de la testatrice, un tiers avait coopéré à la rédaction du testament, ce qui le viciait et l'annulait. La cour ajoute, et avec raison, que l'indication des renvois est surtout nécessaire dans un acte, parce que c'est une condition essentielle sans laquelle l'acte n'a plus d'unité, la liaison manquant entre le corps de l'acte et les additions (1).

Il y a un arrêt de la cour de Paris plus indulgent, mais l'espèce était plus favorable. On reprochait au testament qu'il s'y trouvait huit surcharges de la main d'un tiers; vérification faite, il y en avait sept de la main du testateur et doute pour la huitième. Cela suffisait pour valider le testament, et la cour aurait dû s'en tenir à ce fait, qui était décisif; dès que le demandeur en nullité ne prouvait pas que les surcharges étaient de la main d'un tiers, le testament devait être validé. La cour ajoute que, *dans tous les cas*, les surcharges ne consistant qu'en correction de quelques lettres ou fractions de lettres, de mots qui étaient tous de la main du testateur et absolument insignifiants,

(1) Bourges, 21 mai 1833 (Dalloz, nº 2624).

il fallait maintenir le testament (1). Ceci est une décision de droit, et elle n'est pas exacte; en effet, elle modifie l'article 970; la loi déclare que le testament olographe n'est valable que s'il est écrit *en entier* de la main du disposant, et la cour valide un testament qui n'est pas écrit en entier par le testateur. On dira que c'est épiloguer sur des points et des virgules. L'objection ne tient pas compte de l'esprit dans lequel la loi exige que le testament soit écrit en entier de la main du testateur; si un tiers est intervenu pour corriger des lettres, il a aussi pu intervenir pour dicter les dispositions et pour les imposer au testateur. Où sera alors la garantie que le testament est l'œuvre du défunt?

183. Les interlignes donnent lieu à une difficulté très-grave concernant la date. Si le testateur les a écrites avant de dater son testament, il n'y a point de doute; c'est un seul et même acte que l'on suppose écrit, daté et signé de la main du testateur, donc il est valable. Mais s'il était constaté que l'interligne contient une clause postérieure à la rédaction primitive, cette clause serait réellement non datée, car elle aurait une fausse date; or, la fausse date annule le testament (2). La décision dépend donc du point de savoir quand les interlignes ont été écrites. Cette difficulté s'est présentée dans une espèce très-douteuse. Le testateur avait commencé par instituer un de ses parents légataire universel; cette institution était raturée et remplacée par une institution nouvelle. On soutenait qu'elle n'avait été écrite qu'après le décès du premier institué; de sorte que la date primitive était transportée, en réalité, à un nouveau testament, ce qui certes en entraînait la nullité. La cour de Montpellier ne trouva pas la preuve suffisante, elle combattit toutes les présomptions que les demandeurs alléguaient : celles que l'on tirait des faits extrinsèques, parce qu'elles n'étaient ni recevables ni concluantes, et les autres parce qu'elles manquaient de consistance, et qu'en tout cas elles ne pourraient aboutir qu'à

(1) Paris, 22 janvier 1824 (Dalloz, n° 2626).
(2) Demolombe, t. XXI, p. 137, n° 136.

une probabilité. De là la cour conclut que les ratures et interlignes n'avaient point été faits après coup, mais à la même date que le surplus du testament. La conséquence n'était pas douteuse ; il en résultait que la nouvelle institution était écrite, datée et signée de la main du défunt, donc valable (1). En droit, la décision est juridique. Est-elle aussi certaine en fait? Cela nous paraît plus que douteux. Le testateur avait-il commencé par dater sa première institution, sans changer la date, quand il fit la seconde? Dans cette supposition, le testament était nul. Pour le valider, il faut supposer, ou que le testateur, après avoir écrit la première disposition, l'aurait biffée immédiatement, ce qui n'est certes pas probable; ou qu'il aurait laissé la date en blanc, ce qui est tout aussi peu probable.

184. La même question se présente quand le renvoi contient une disposition nouvelle, ou même une simple explication. En tout cas, le renvoi fait corps avec l'acte; c'est une disposition testamentaire, elle doit donc être écrite, datée et signée de la main du défunt. Lorsque le renvoi même est daté et signé, il n'y a plus de question; mais quand il ne l'est pas, il ne sera valable que si l'on peut y appliquer la date et la signature de l'acte principal. Quant à la signature, elle valide et approuve tout ce qui la précède. Il n'en est pas de même de la date; une seule et même date ne peut valider deux dispositions faites à des époques différentes. Donc s'il était prouvé que le renvoi a été écrit à une date postérieure à celle que porte le testament, il serait nul et il annulerait le testament, puisqu'il n'aurait plus de date régulière. La cour de cassation l'a jugé ainsi dans le cas où le renvoi contient une disposition nouvelle ajoutée après coup; elle a cassé l'arrêt qui avait validé le testament. La cour distingue. Si le renvoi n'a pour objet que d'expliquer, d'éclaircir ou de compléter les dispositions du testament, il ne doit pas être daté, parce qu'il se lie et se rattache au testament,

(1) Montpellier, 3 août 1870, et Rejet, 13 novembre 1871 (Dalloz, 1872, 1, 183).

avec lequel il se confond et dans lequel il puise les éléments de sa validité. Mais si le renvoi contient une disposition nouvelle et distincte, c'est un testament nouveau qui a besoin d'une nouvelle date (1). Ce dernier point ne nous paraît pas douteux. Il n'en est pas de même des renvois explicatifs ; le testateur veut qu'ils fassent corps avec son testament ; or, une seule et même date suffit-elle pour les diverses dispositions d'un acte, alors qu'elles ont été écrites à des époques diverses. Que devient alors la garantie de la date?

185. Une disposition d'un testament se trouve raturée. Quel sera l'effet de la rature? Il faut distinguer par qui elle a été faite. Si c'est un tiers qui, sans le consentement du testateur, a biffé un mot, une phrase, une disposition, ce fait ne peut avoir aucune influence, en droit, sur le testament. On suppose qu'il est écrit, daté et signé de la main du défunt, il restera valable malgré les ratures. Si l'on peut lire les mots raturés, il n'y a aucune difficulté, la rature sera censée n'avoir pas été faite. Si les mots raturés sont illisibles, il en résultera une destruction partielle du testament ; si cette destruction cause un dommage au légataire, il aura une action en dommages-intérêts contre l'auteur du fait dommageable. C'est l'application du droit commun ; nous renvoyons à ce qui a été dit sur la destruction des testaments (2).

Si la rature est faite par le testateur, une première question se présente. Doit-elle être approuvée par le testateur? Le tribunal de Versailles avait décidé que la cancellation d'une disposition testamentaire ne suffisait point pour en induire un changement de volonté de la part du testateur, qu'il fallait de plus que la rature fût approuvée, ou qu'il fût démontré par les circonstances de la cause que le testateur avait entendu révoquer ses dispositions. Sur l'appel, la cour de Paris jugea que les ratures ne devaient pas être approuvées par le testateur (3).

(1) Cassation, 27 mai 1860 (Dalloz, 1860, 1, 287), et, sur renvoi, Besançon, 19 juillet (Dalloz, 1861, 2, 131).

(2) Voir plus haut, p. 109, n° 114. Comparez Coin-Delisle, p. 340, n° 18 de l'article 970.

(3) Paris, 8 mars 1844 (Dalloz, n° 2634, 3°).

Le tribunal de première instance s'était placé au point de vue des principes qui régissent la révocation des dispositions testamentaires. On peut, en effet, considérer la rature ou la cancellation comme une révocation; il y a cependant une différence. Quand le testateur révoque une disposition, l'on suppose que cette disposition était valable en la forme et que, par un changement de volonté, le testateur la révoque. Lorsque le testateur biffe ou cancelle une partie de son testament, cette partie n'existe plus et elle est considérée comme n'ayant jamais existé. Nous verrons plus loin une conséquence de cette distinction que la cour de cassation a consacrée. Si le légataire, dit-elle, présente un testament informe par des vices matériels, tels que barres, ratures, l'on ne doit pas examiner si ce testament a été valablement révoqué, puisqu'on ne peut révoquer ce qui n'existe pas, mais bien et seulement s'il y a ou s'il n'y a pas de testament. S'il est constant que c'est le testateur qui a cancellé ou raturé une disposition de son testament, il ne peut avoir eu d'autre but que d'anéantir ce qu'il a barré ou effacé; de sorte que la disposition détruite n'existe plus et ne peut produire aucun effet (1).

Si la cancellation n'est que partielle, le testament n'est détruit qu'en partie; il faut donc décider que la partie non détruite vaudra comme acte de dernière volonté (2). Il en serait autrement si le testateur raturait un élément essentiel du testament olographe : telle serait la signature; c'est comme s'il détruisait l'acte même, car il n'y a pas d'acte sans signature. A plus forte raison en serait-il de même si le testateur avait effacé la signature et la date (3). Mais que faut-il décider s'il biffe la date et laisse subsister la signature? Il a été jugé que si la date raturée est encore lisible, le testament est valable. Cela est très-douteux, la date est un élément aussi essentiel que la signature; or, la date raturée n'existe plus, donc le testament est sans date et partant nul. Vainement dit-on que

(1) Rejet, 21 février 1837 (Dalloz, n° 2642, 1°).
(2) Rejet, 15 janvier 1834 (Dalloz, n° 2640).
(3) Rejet, 12 janvier 1833 (Dalloz, n° 2634, n° 2).

le testateur ayant laissé subsister la signature, son intention de révoquer est douteuse (1). Nous répondons, avec la cour de cassation, qu'il ne s'agit pas de savoir si le testateur a révoqué sa disposition; il s'agit de savoir si la disposition existe; or, un écrit non daté n'est pas un testament, et une date effacée par le testateur n'est pas une date.

On a fait une autre objection dont la doctrine s'est aussi préoccupée. Un testament est chargé de ratures : ne doit-il pas être considéré comme un brouillon, c'est-à-dire un projet qui, pour devenir définitif, doit être mis au net? C'est une question de fait; cela peut être, cela peut aussi ne pas être. Les testaments se font d'ordinaire à l'approche de la mort; si le testateur, tout en raturant, en interlignant, en ajoutant, date et signe son testament, il manifeste l'intention sérieuse de tester, et il met son testament à l'abri des chances de mort qui le menacent. En supposant même qu'il ne meure pas, mille causes peuvent l'empêcher de copier ses dispositions; ce qui est définitif par la date et la signature ne peut pas devenir un simple projet à raison des ratures qui se trouvent dans l'acte. C'est donc à ceux qui prétendent qu'un testament raturé n'est qu'un projet à en faire la preuve (2).

186. Les conséquences de la rature ou de la cancellation sont bien différentes, selon qu'il s'agit du fait du testateur ou du fait d'un tiers. Il importe donc beaucoup de savoir qui a raturé ou cancellé le testament. On demande à qui incombe la preuve. Il faut appliquer les principes généraux qui régissent la preuve, puisque le code n'y déroge point. Il y a sur ce point un excellent arrêt de la cour de Douai. Le conflit existe entre les légataires et les héritiers. Ceux-ci n'ont rien à prouver, leur titre est dans la loi et dans la parenté qui les lie à l'égard du défunt. Ils ne peuvent être dépouillés des droits qu'ils tiennent de la loi que si le défunt en a manifesté la volonté

(1) Rejet, 29 mai 1832, et les observations de Dalloz, nº 2663.
(2) Paris, 16 novembre 1832, et Rejet, 15 janvier 1834 (Dalloz, nº 2640) Comparez Poujol, t. II, p. 31, nº 6 de l'article 970; Coin-Delisle, p. 340, nº 19 de l'article 970.

par un testament régulier qui subsiste dans toute sa force au moment du décès. Si le légataire produit un testament biffé ou bâtonné dans la disposition qui l'appelle à l'hérédité, ou s'il réclame un legs raturé, il agit en vertu d'un testament ou d'un legs qui n'existe plus, puisque la rature ou la cancellation anéantit l'écrit ou la disposition qui se trouvent ainsi réduits au néant, comme s'ils n'avaient jamais existé. Sera-ce à l'héritier à prouver que c'est le défunt qui a biffé ou cancellé le legs? Non, tout ce qu'il a à prouver, c'est son titre, et il fait cette preuve en établissant son lien de parenté. Le prétendu légataire lui oppose un testament; si l'acte était matériellement régulier, ce serait à l'héritier à l'attaquer, à en demander la nullité, et comme demandeur il devrait prouver l'existence du vice qui rend le testament nul. Dans l'espèce, on oppose à l'héritier une disposition qui n'existe pas, c'est-à-dire le néant. On ne demande pas la nullité du néant. C'est donc au légataire à prouver, s'il y a lieu, que le fait de destruction procède d'un accident, ce qui, en cas de rature ou de cancellation, n'est guère probable; ou que le fait est l'œuvre d'un tiers.

On objecte que la rature ou la cancellation est une révocation du legs; or, c'est à l'héritier, débiteur du legs, ou dépouillé par un legs, qui soutient que ce legs est révoqué, d'en faire la preuve. Nous avons répondu d'avance en disant que la rature n'est pas une révocation proprement dite, c'est une annulation de ce qui a été fait. Quand l'héritier soutient qu'un legs est révoqué, cela suppose qu'il y a une preuve de l'existence du legs; or, lorsque le legs est biffé ou cancellé, il n'existe pas. C'est donc le légataire qui se prévaut du néant. Partant c'est lui qui doit prouver que, malgré la rature, le testament ou la disposition subsiste, car il est demandeur.

On a prétendu que la question était décidée par une présomption qui dispense de toute preuve celui au profit duquel elle existe. Quand le testament, dit-on, est trouvé parmi les papiers du testateur, il y a présomption légale que les ratures ont eu lieu par son fait, et par suite il y a preuve, en vertu de la présomption, que l'auteur du

testament a voulu l'invalider (1). La cour de Douai répond très-bien qu'il n'y a pas de présomption légale, puisqu'il n'y a pas de loi. De même il n'y a pas de présomption contre le tiers, héritier ou étranger, dans les mains duquel le testament se trouverait, car il n'y a pas de présomption sans loi. Il ne peut donc être question que d'une présomption de l'homme, et ces présomptions ne sont admissibles que lorsque la preuve testimoniale est admise; l'une et l'autre preuve seraient recevables si le fait de destruction constituait un délit ou un quasi-délit. En définitive, on reste sous l'empire du droit commun (2).

187. Applique-t-on les mêmes principes au cas où le testament est lacéré? Il a été jugé que le fait seul de la lacération ne suffit point pour que le testament soit considéré comme anéanti; il y a une différence, dit-on, entre la rature et la lacération; celle-ci peut être le résultat d'un accident, tandis que le bâtonnement suppose toujours une intention. C'est mal poser la question, nous semble-t-il. Il ne s'agit pas de révocation; la question est de savoir si l'acte existe encore, et la solution dépend, comme dans le cas de rature, des circonstances; si c'est le testateur qui a déchiré l'acte, certes l'acte est anéanti, aussi bien que s'il était bâtonné; si c'est un tiers qui l'a lacéré, il y a quasi-délit, de même que si le tiers avait cancellé l'acte. C'est donc une question de preuve; il faut par conséquent appliquer les principes que nous venons de rappeler. Le légataire qui produit un testament lacéré doit prouver que la lacération n'est pas l'œuvre du testateur, ou du moins que s'il l'a lacéré, c'est par accident, et non pour anéantir l'acte. Dans l'espèce qui s'est présentée devant la cour de Nancy, un tiers de la feuille qui contenait le testament était lacéré, la lacération traversait la signature du testateur; le testament lacéré se trouvait parmi des papiers de rebut, et il existait un testament postérieur. Malgré toutes ces circonstances, le testament lacéré a été maintenu, parce qu'on ne fournissait pas la

(1) Aix, 12 janvier 1831 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 2634, 2°).
(2) Douai, 26 mai 1838 (Dalloz, n° 2643, 1°). Demolombe, t. XXII, p. 229, n° 253.

preuve positive que la lacération était le fait volontaire du testateur (1). La décision nous paraît très-douteuse.

II. *La date.*

188. Aux termes de l'article 970, le testament doit être daté, sous peine de nullité. La date est aussi prescrite dans les testaments par acte public: c'est donc un élément essentiel de toute disposition de dernière volonté. Pourquoi exige-t-on la date comme condition de validité du testament, bien que la date soit indifférente en ce qui concerne l'effet des dispositions testamentaires, celles-ci n'ayant jamais effet qu'à la mort du testateur? La loi exige la date pour deux motifs : le premier et le plus essentiel, c'est que l'on doit connaître l'époque précise à laquelle le testateur a fait ses dispositions, pour savoir s'il était capable de disposer, ou si les dispositions sont viciées par une cause quelconque qui l'empêchait de manifester sa volonté ou qui en altérait l'expression. Il y a un second motif qui est secondaire; s'il y a deux testaments, on doit savoir quel est le dernier, au cas où ils contiennent des dispositions contraires ou incompatibles. En supposant même qu'aucun de ces motifs n'existe, le testament non daté n'en serait pas moins nul; de même qu'il serait nul s'il n'était pas écrit par le testateur, quoiqu'il fût certain que l'écrit exprime les dernières volontés du défunt. Si l'on annule le testament non daté, ce n'est pas parce que le testateur était incapable, c'est parce qu'une condition substantielle du testament fait défaut (2).

Bien des testaments ont été annulés parce qu'ils n'étaient pas datés, ou que la date était incomplète, inexacte ou fausse, alors que le testateur n'avait jamais cessé d'être capable et quoiqu'il n'eût fait qu'un seul testament. L'ignorance est encore si grande, même dans les classes aisées et riches! Que de testaments irréguliers ont été annulés,

(1) Nancy, 11 juin 1842 (Dalloz, nº 2644).

(2) Bruxelles, 23 août 1846 (*Pasicrisie*, 1847, 2, 94). Aix, sous Rejet, 3 mars 1846 (Dalloz, 1846, 1, 216). Merlin, *Répertoire*, au mot *Testament*, sect. II, § I, art. VI, nº 10 (t. XXXIII, p. 358) et tous les auteurs.

quoique le juge fût moralement convaincu qu'ils étaient la vraie expression de la volonté du défunt! On s'en est prévalu pour critiquer la loi; elle a voulu éviter des difficultés, et elle en a fait naître d'innombrables (1). Cela est vrai; néanmoins le législateur a bien fait d'exiger la date; car en ne l'exigeant pas, il aurait favorisé la fraude, la suggestion et la captation. Il est toujours difficile de prouver la fraude; la preuve serait presque impossible si les héritiers ignoraient la date précise à laquelle le testament a été fait. Aujourd'hui plus que jamais il faut se mettre en garde contre la fraude, puisqu'il y a des établissements religieux sans nombre qui vivent de captations.

189. Qu'entend-on par date? Faut-il l'indication précise du jour? L'ordonnance de 1735 décidait la question. « Tous testaments, dit l'article 38, contiendront la date des jours, mois et an. » Merlin dit que l'on doit entendre par date, dans l'article 970, ce que l'ordonnance prescrivait d'indiquer pour que la date fût complète, c'est-à-dire que le testament ne serait pas suffisamment daté et partant nul, s'il énonçait le mois et l'année et non le jour. C'est, en effet, là le sens qui s'attache au mot *date*. L'idée de *date* emporte nécessairement celle de l'indication du temps précis où l'on fait une action. Or, ce temps précis comment l'indiquer si l'on n'exprime tout ensemble le jour, le mois et l'année dont il se compose? C'est ainsi que l'on date les journaux; c'est ainsi que les lettres se datent. Il faudrait que le co le eût dérogé à l'usage général pour que le mot *date* eût une autre signification. Or, il n'y a pas dérogé, et il n'y avait aucune raison d'y déroger. Les motifs pour lesquels il prescrit la date demandent aussi qu'elle soit précise; plus elle sera précise, plus il sera facile de prouver l'incapacité du testateur; la laisser dans le vague, c'est favoriser le dol et la captation. Il y a d'ailleurs des textes qui consacrent l'usage. Quand les actes sous seing privé acquièrent-ils date certaine contre les tiers? L'article 1328 répond : *du jour* où ils

(1) Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, p. 253, note *e*.

ont été enregistrés, *du jour* de la mort de celui ou de l'un de ceux qui les ont souscrits, ou *du jour* où leur substance est constatée dans des actes dressés par des officiers publics. Dans l'article 1750, le mot *date* est pris dans le même sens, ainsi que dans l'article 2148. Il y a un cas dans lequel la loi se montre même plus exigeante ; elle veut que les actes de l'état civil énoncent l'année, le *jour* et l'*heure* où ils seront reçus (art. 34). On ne peut pas faire de l'article 34 une règle générale, puisque ce serait dépasser ce qui est d'usage, mais au moins faut-il s'en tenir à l'usage, puisqu'il est fondé en raison et que le code s'y conforme (1). On objecte que le code n'a pas reproduit la disposition de l'ordonnance qui exigeait formellement la mention des jours, mois et an; ce qui suppose qu'il a entendu déroger à l'ancien droit. La cour de Bruxelles répond très-bien que tout ce que l'on peut inférer de cette différence de rédaction, c'est que l'on ne peut pas exiger, sous peine de nullité, l'indication sacramentelle du jour, du mois et de l'an; que le testateur peut se servir de termes équipollents, pourvu qu'ils fassent connaître avec précision, non-seulement l'année et le mois, mais aussi le jour (2). Ainsi tout le monde est d'accord pour enseigner que la date est suffisante quand le testateur dit : le jour de Noël 1872, ou le premier de l'an 1873 (3).

190. La date des testaments olographes a donné lieu à des difficultés sans nombre. On a soutenu d'abord que la date surchargée est nulle, ou pour le moins incertaine, d'où suivrait que le testament est nul, puisqu'il serait sans date, ou sans date précise, certaine; ce qui équivaut à l'absence de date. La cour de cassation a jugé que la date surchargée est valable; la loi du 25 ventôse an XI, qui annule les mots surchargés dans les actes notariés, n'étant pas applicable aux testaments olographes, lesquels, quoi-

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Testament*, sect. II, § I, art. VI, nº III (t. XXXIII, p. 351). En sens contraire, Coin-Delisle, p. 342, nº 28 de l'article 970.

(2) Bruxelles, 23 août 1846 (*Pasicrisie*, 1847, 2, 94) et 1er juin 1859 (*ibid.*, 1860, 2, 69).

(3) Aubry et Rau, t. V, p. 496, note 6, § 668.

que solennels, ne sont pas authentiques. La jurisprudence est constante en ce sens (1). Quant au point de savoir si la date surchargé est lisible ou non, c'est évidemment une question de fait (2).

La date surchargée est donc la vraie date du testament. On a objecté que la date surchargée n'est pas celle où le testateur a écrit ses dispositions, puisque la surcharge prouve qu'il y avait une première date qui a été remplacée par une autre. La réponse est simple et péremptoire. Nous dirons plus loin que la date ne doit pas être mise le jour même où le testateur écrit ses dispositions; tout ce que la loi exige, c'est qu'il y ait une date, le testateur sera censé avoir écrit ses dispositions le jour qu'il a mis comme date définitive. La cour de cassation a tiré de là une conséquence très-juridique. Dans l'espèce, le testateur avait fait un second testament dans l'intervalle écoulé entre la date primitive du premier testament et celle qu'il avait reçue par l'effet de la surcharge; de sorte que le testament surchargé portait une date plus récente et était par conséquent le dernier testament; il en résultait qu'il révoquait le testament antérieur, bien que celui-ci eût été écrit après le testament surchargé (3).

191. La date est incertaine quand le testateur, en la surchargeant, l'a rendue illisible, ou quand il a écrit en surcharge une autre date sans effacer la première. On ne sait pas, dans ce cas, quel est le jour où le testament a été écrit, donc il n'a pas de date; ce qui en entraîne la nullité. Il en serait ainsi alors même que l'incertitude n'existerait que relativement au jour, puisque le jour est un élément essentiel de la date (4).

Un testament est daté du 29 mai 1827; il contient révocation d'un testament postérieur daté du 26 mars 1828. La cour de cassation a annulé le testament, parce que la

(1) Rejet, 11 juin 1810 (Dalloz, n° 2661).
(2) Bruxelles, 29 janvier 1825 (*Pasicrisie*, 1825, p. 289). Poitiers, 11 avril 1864 (Dalloz, 1864, 2, 160).
(3) Rejet, 15 juillet 1846 (Dalloz, 1846, 1, 342).
(4) Merlin, *Répertoire*, au mot *Testament*, sect. II, § I, art. VI, n° IX (t. XXXIII, p. 356); *Questions de droit*, au mot *Testament*, § XVI (t. XV, p. 84, n°s 85 et 86).

date mise par le testateur était évidemment fausse, et on ne savait pas quelle était la date véritable (1).

192. La date étant un élément essentiel du testament olographe, le testament est nul s'il n'y a pas de date. Vainement prouverait-on par des pièces émanées du testateur lui-même qu'il a écrit ses dispositions tel jour, tel mois, telle année; cette preuve ne tiendrait pas lieu de la date. En effet, la loi veut que le testament soit daté de la main du testateur; c'est donc dans le testament même que la date doit se trouver, on ne peut pas la chercher ailleurs (2). Or, il y a un vieil adage qui dit : *Frustra probatur, quod probatum non relevat.* A quoi bon admettre la preuve du jour auquel le testament a été fait quand il ne porte pas de date, puisque cette preuve est irrelevante? Le demandeur ne serait donc pas admis à la preuve qu'il voudrait faire pour suppléer au défaut de date.

Il ne suffit pas d'une date quelconque pour que le testament soit valable, il faut que la date soit complète et qu'elle soit vraie. Elle est incomplète quand elle contient seulement le millésime, c'est-à-dire l'année pendant laquelle le testament a été fait; ou c'est le millésime qui manque, ou le testateur a oublié un chiffre ou un mot en écrivant le millésime, ou il a transposé les chiffres, en écrivant 1890 au lieu de 1809. Une date erronée ou incomplète n'est pas une date, puisque, dit la cour de cassation, elle n'indique pas réellement l'époque à laquelle le testament a été fait; d'où suit que l'erreur dans la date entraîne la nullité du testament, comme le défaut de date (3).

193. Le défaut absolu de date peut-il être suppléé par les indications que fournit le testament? Ce cas ne s'est jamais présenté; il est difficile qu'un testament contienne des indications assez précises pour marquer l'année, le mois et le jour où il a été écrit. Mais il peut se trouver

(1) Rejet, 26 décembre 1832 (Dalloz, nº 2660).
(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Testament*, sect. II, § I, art. VI, nº X (t. XXXIII, p. 360).
(3) Rejet, 31 juillet 1860 (Dalloz, 1860, 1, 450). Un testament portant la date du 31 avril est nul. Douai, 10 février 1873 (Dalloz, 1874, 2, 58).

des faits indiqués dans le testament qui limitent à un espace de quelques mois ou de quelques années l'époque réelle de la rédaction. Cela suffit-il pour que le testament soit daté? Non, certes, puisque l'on ne saurait pas le jour précis où le testament a été fait, donc il n'aurait pas de date (1).

194. Il n'en est pas de même quand la date est incomplète ou erronée. Dans ce cas, le testateur a satisfait, dans une certaine mesure, aux exigences de la loi, il a daté l'acte. Ce qui manque à la date pour être complète ou exacte peut-il être suppléé par les énonciations que le testament contient? L'affirmative n'est pas douteuse. Quelque sévère, dit Merlin, que soit la loi sur l'observation des solennités dont elle fait dépendre la validité des testaments, elle ne prescrit cependant aucune forme sacramentelle à laquelle soit exclusivement attachée la preuve qu'elles ont été observées; et il n'y a nul doute que l'on ne puisse remplacer les expressions dont la loi se sert par des expressions parfaitement équipollentes. La doctrine de l'équipollence a toujours été admise, à condition d'être parfaitement adéquate et identique : ce sont les paroles de Ricard. Cette doctrine doit d'autant plus être admise en matière de date, que le code civil, à la différence de l'ordonnance de 1735, ne dit pas en quoi la date doit consister. La seule difficulté est donc de définir l'équipollence adéquate et identique quand il s'agit de la date.

La doctrine et la jurisprudence sont d'accord sur le principe ; il a été formulé dans les termes suivants par la cour de Douai. Il faut d'abord que l'erreur soit le résultat de l'inadvertance et du hasard; il faut ensuite que la date véritable du testament puisse être rétablie par des documents certains; enfin il faut que les documents soient puisés dans le testament même et en fassent partie intégrante (2).

La première condition ne fait guère de doute. Si le tes-

(1) Rouen, 15 novembre 1838 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 2655).

(2) Douai, 10 novembre 1838 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 2692). Comparez Merlin, *Répertoire*, au mot *Testament*, sect. II, § I, art. VI, n° 10 (t. XXXIII, p. 360-363, et tous les auteurs).

tateur a sciemment mis une date incomplète ou inexacte, il n'a pas rempli la formalité prescrite par la loi, il n'a donc pas voulu faire un testament sérieux; donc il n'y aura pas de testament; c'est dire qu'il sera nul. Vainement demanderait-on à rectifier la date; la date est un élément des dispositions de dernière volonté, elle implique donc la volonté de disposer; or, nous supposons que le défunt n'a pas voulu tester; et là où il n'y a pas de volonté de tester, il ne saurait y avoir de testament (1).

La seconde condition concerne l'équipollence proprement dite. Elle a été formulée d'une manière diverse par les divers arrêts de la cour de cassation. L'erreur peut être rectifiée; quand les juges peuvent-ils, quand doivent-ils faire cette rectification? Toutes les fois, dit la cour, que, par des faits qui sortent du testament même, ils sont conduits à la découverte de la véritable date, c'est-à-dire toutes les fois que, d'après les dispositions du testament, il est évident, à leurs yeux, qu'il a été rédigé tel jour, tel mois, telle année. Quand peut-on admettre que cette évidence existe? La cour répond qu'aucune loi ne signalant les motifs et les circonstances d'après lesquels les juges doivent se déterminer, ils n'ont qu'une obligation, celle de puiser les motifs de leur décision dans le testament même : la loi s'en rapporte, sauf cette restriction, à leur conscience et à leur sagesse (2). Cette formule est un peu vague et ne répond guère à la doctrine de Ricard sur l'équipollence *adéquate* et *identique*. Dans un arrêt postérieur, la cour a précisé davantage les conditions de l'évidence morale qu'elle exige pour la rectification de la date. Il faut, dit-elle, que l'on trouve dans le testament des éléments *matériels* et *physiques* qui corrigent la date et la fixent *nécessairement* (3). Cette seconde formule ne pèche-t-elle pas par un excès de sévérité? La science du droit est une science logique; les preuves qu'elle admet s'appuient sur des raisonnements; l'une des preuves les

(1) Les arrêts qui admettent la rectification, constatent d'ordinaire que l'inexactitude est l'effet de l'erreur. Rejet, 8 mai 1855 (Dalloz, 1855, 1, 163).
(2) Rejet, 12 juin 1821 (Dalloz, n° 2684).
(3) Rejet, 9 mai 1833 (Dalloz, n° 2696).

plus fortes, les présomptions légales, n'a d'autre base qu'une argumentation fondée sur des probabilités. Il faut donc dire, avec la cour de Pau, qu'il n'est pas interdit au juge, en cette matière plus qu'en toute autre, de former sa conviction sur une série de déductions logiques; tout ce que l'on peut exiger, c'est qu'elles ne laissent aucune place au doute; si elles n'aboutissent qu'à former une opinion probable, elles sont insuffisantes pour remplir les exigences de la loi, qui veut une entière certitude (1). En effet, la date régulière a une certitude mathématique; si elle est défectueuse, les éléments qui doivent la compléter ou la rectifier doivent avoir le même degré d'évidence.

La troisième condition requise par la jurisprudence et par la doctrine est que les éléments constitutifs de la véritable date doivent se trouver dans le testament même. C'est la condition essentielle; on la trouve exprimée dans tous les arrêts par cette formule empruntée au langage énergique de Dumoulin : *Ex ipsomet testamento, non aliunde*. Cela résulte de l'essence même de la date. Il ne s'agit pas, comme nous l'avons dit (n° 192), de prouver à quelle date le testateur a écrit ses dispositions ; il s'agit de prouver que le testateur a rempli les conditions essentielles requises pour la validité, pour l'existence même du testament. C'est le testateur qui doit dater, c'est donc lui qui doit donner les indications nécessaires pour compléter ou rectifier la date incomplète qu'il a mise à l'acte, et il doit le faire dans l'acte même, puisque c'est dans l'acte, et non hors de l'acte, que doit se trouver la date.

195. L'application de ces principes a soulevé de nombreuses difficultés. Nous rapporterons quelques espèces qui serviront à mettre les principes en évidence. Un testament est daté du 15 juin *mil cent seize;* la testatrice décéda en 1816. Les héritiers naturels demandèrent la nullité du testament, en se fondant sur la fausseté évidente de la date. Leur demande fut rejetée par un arrêt mathématiquement motivé. La cour commence par établir que la loi n'ayant pas déterminé une forme particulière

(1) Pau, 9 janvier 1871 (Dalloz, 1872, 2, 96).

dans laquelle la date doit être exprimée, on doit considérer comme daté l'acte qui fait connaître le jour, le mois et l'année où il a été écrit. Dans l'espèce, la testatrice avait indiqué le jour du mois où elle l'avait fait par ces mots *quinze juin*. L'année était incomplète; elle portait *mil cent seize*. En résultait-il que toute la date était erronée et partant nulle? Non. Ce qu'il y avait d'erroné, c'était uniquement l'indication du siècle, une personne morte en 1816 n'ayant pu tester en 1116. Mais rien n'autorisait à déclarer erronée l'indication du jour et du mois, puisqu'ils étaient écrits de la main de la testatrice. Il était donc certain que le testament avait été écrit un 15 juin. Quant à l'année, elle était inexactement marquée par les mots *mil cent seize*. Mais qu'est-ce qu'il y avait d'inexact dans le millésime? Ce qui était impossible; or, il n'y avait d'impossible dans cette date que les mots *mil cent*, qui plaçaient au XII[e] siècle le testament d'une personne morte au XIX[e]. L'indication de l'année du siècle devait être maintenue, puisqu'elle était écrite de la main de la défunte et qu'elle n'avait rien d'impossible. Donc le testament était fait le 15 juin de la seizième année d'un siècle. Pour rectifier la date en la complétant, il suffisait donc que, par les indications contenues au testament, l'on pût déterminer avec certitude le siècle auquel appartenaient les jour, mois et an qui y étaient mentionnés. Or, l'existence de la testatrice dans la seizième année du siècle présent et l'existence, au moment du procès, des légataires prouvaient tout ensemble que le 15 juin de la seizième année indiqué dans le testament ne pouvait appartenir au XII[e] siècle et qu'il devait appartenir au XIX[e], parce qu'il était impossible que des légataires vivant en 1816 eussent vécu en 1116, ni dans la seizième année d'aucun autre siècle que le XIX[e]. La preuve de l'erreur et celle de la rectification résultaient donc d'un seul et même fait, des énonciations du testament concernant la testatrice et les légataires et de la certitude physique que la vie de l'homme ne peut excéder certaines bornes. Ces considérations étaient fortifiées par la qualité de membre de la chambre des députés que le testament donnait au légataire universel,

qualité qu'il n'avait eue que depuis le mois d'octobre 1815 jusqu'au mois de septembre 1816, dont il n'avait été revêtu par conséquent que pendant le cours d'un seul mois de juin, qui ne pouvait être que celui de l'année 1816. Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet; la cour de cassation décida que les *éléments matériels* émanés de la testatrice, et faisant partie intégrante de l'acte, suppléaient *nécessairement* le mot *huit*, seule omission que l'on pût reprocher à la date du testament; qu'il était donc *manifestement* et *nécessairement* établi que le testament litigieux avait été écrit le 15 juin 1816 (1).

196. On n'a pas fait, dans l'espèce, une objection qui depuis lors a été opposée plus d'une fois à la doctrine consacrée par la jurisprudence. La date est indivisible, dit-on; ou elle est vraie, ou elle est fausse; donc dès qu'elle n'est pas exacte, elle est fausse pour le tout; on ne peut pas la diviser, en prendre une partie et rejeter l'autre. Nous mentionnons l'objection, parce qu'on abuse souvent de l'indivisibilité. Il n'y a d'indivisibilité que lorsque le fait juridique est indivisible de son essence, c'est-à-dire s'il ne comporte aucune division, ni matérielle, ni intellectuelle (art. 1217 par analogie). Quand le fait est divisible, il faudrait une loi pour le réputer indivisible. C'est ainsi que la loi déclare l'aveu indivisible, bien qu'il se compose d'éléments divers qui peuvent se diviser. Aucune loi ne déclare la date indivisible, et elle ne l'est certes pas de sa nature, puisqu'elle se compose de divers éléments dont les uns peuvent être exacts et les autres inexacts; de ce que le testateur a commis une erreur conclura-t-on qu'il s'est trompé en tout? Le raisonnement serait peu logique.

La cour de Metz l'a jugé ainsi dans l'espèce suivante. Un testament est daté du 14 juillet 1856. Cette date était

(1) Caen, 2 août 1817, et Rejet, 19 février 1818 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 2683). — Il a été jugé, dans le même sens, qu'un testament daté de mil sept cent quatre-vingt-treize est valable, quoique la date soit erronée, s'il résulte des énonciations du testament que sa véritable date est nécessairement celle de mil huit cent treize. Rejet, 12 juin 1821 (Dalloz, n° 2684) Comparez Rejet, 2 mars 1830 (Dalloz, n° 2685), 6 août 1856 (Dalloz, 1856, 1, 431) et 28 juin 1869 (Dalloz, 1872, 1, 32).

inexacte, la preuve s'en trouvait dans le papier timbré sur lequel la testatrice avait écrit ses dispositions, parce que le filigrane du timbre contenait un millésime appartenant à un papier qui n'avait été mis en circulation que le 1er janvier 1857. La date pouvait-elle être rectifiée? Il faut diviser la date, dit la cour, et voir en quoi elle est inexacte. Certes le timbre ne prouve pas que la date du 14 juillet soit fausse; écrite de la main de la testatrice, elle doit être admise comme un élément de la vraie date. Reste l'année 1856 dont l'indication est erronée; mais le testament contenait un legs particulier au profit d'une personne décédée le 27 janvier 1858; ce décès étant un fait public connu de la testatrice, qui qualifie le légataire d'ami de son mari, il est prouvé par cela même que le testament a été fait avant le 27 janvier 1858, et étant daté du 14 juillet, il est certain, par le millésime du timbre et la date de la mort d'un légataire, qu'il n'a pas été rédigé avant l'année 1857, ni le 14 juillet 1858; donc il a dû être fait nécessairement le 14 juillet 1857 (1).

197. L'application du principe *Ex testamento, non aliunde* présente des difficultés de fait dans lesquelles nous n'entrerons pas, puisque tout dépend de l'appréciation du magistrat qui juge dans sa conscience et sa sagesse, comme le dit la cour de cassation. Il y a cependant des questions qui soulèvent des difficultés de droit. La cour de Caen a jugé que le millésime du timbre peut servir à rectifier la date. Un testament est daté en toutes lettres du 1er mai 1827; la date était erronée, le testament étant écrit sur du papier dont le timbre n'avait été mis en circulation que le 1er janvier 1828. Rien ne prouvait que l'erreur fût volontaire; la date n'était donc pas fausse, elle était erronée. Y avait-il moyen de la rectifier par le testament? Le timbre, dit l'arrêt, qui prouve l'erreur relative à l'année établit en même temps que le testament n'avait pas été fait avant 1828, et le testateur était décédé le 2 avril 1829. Question de savoir si le juge peut s'appuyer sur le millésime du timbre et sur la date de la

(1) Metz, 4 juillet 1867 (Dalloz, 1867, 2, 164).

mort du testateur. La cour de Caen l'a fait ; et sur cette double base son argumentation est irrésistible. Le timbre étant de 1828, le testament n'avait pu être fait avant le 1er janvier de cette année, et il n'avait pu être écrit après le 2 avril 1829, jour de la mort du testateur; d'un autre côté, le testament portait la date du 1er mai, qui ne pouvait être contestée, puisqu'elle était écrite de la main du testateur ; il en résultait nécessairement que le testament avait pour vraie date le 1er mai 1828, le testateur n'ayant pas vécu un autre 1er mai, pendant que circulait le timbre dont il s'était servi.

Il y a des motifs de douter. La cour pouvait-elle prendre appui sur la date à laquelle le testateur était décédé ? Elle dit que la mort est un fait physique qui ne peut être douteux et qui seul assure que le testament est la dernière volonté du testateur. Cela est vrai, mais est-ce un fait intrinsèque? Il est certain qu'il ne résulte pas du testament même, ni d'aucune déclaration ou indication qui s'y trouve. A cette objection des héritiers, le légataire pouvait répondre : « Si je ne puis invoquer la mort du testateur pour établir la date du testament, il n'y a pas de testament, puisque la mort seule lui donne l'existence, et s'il n'y a pas de testament, pourquoi en demandez-vous la nullité? » Donc quand il s'agit de la validité d'un testament, il faut nécessairement tenir compte de la mort du testateur, sans laquelle il n'y a point de testament.

Le même doute se présentait pour le millésime du timbre; ce millésime n'est certes pas tiré du testament, car le testament est la déclaration de volonté du testateur ; or, le papier sur lequel la disposition est écrite n'a rien de commun avec la volonté de disposer. Cette objection fut faite devant la cour de cassation par Dalloz, l'auteur du *Répertoire*; elle est très-spécieuse. La cour de cassation répond que l'argument tiré du millésime du timbre est tiré de l'acte même, puisque le testament fait corps avec la feuille de papier sur laquelle il est écrit (1). C'est répondre, nous semble-t-il, à un argument subtil

(1) Caen, 11 décembre 1830, et Rejet, 1er mars 1832 (Dalloz, no 2689, 1o

par une plus grande subtilité. Non, la matière qui reçoit l'expression de la volonté ne s'identifie pas avec l'expression de cette volonté. N'y avait-il pas une réponse plus péremptoire à faire? Les héritiers attaquaient le testament en se fondant sur la fausse date. Sur quoi s'appuyaient-ils pour établir que la date était fausse? Sur le millésime du timbre. Or, il est de principe que la fausseté de la date ne peut être établie que par le testament, à moins qu'il n'y ait lieu de s'inscrire en faux. Donc le légataire pouvait dire aux héritiers : « De deux choses l'une; ou le timbre est un élément extrinsèque, dans ce cas, vous ne pouvez vous en prévaloir pour prouver que la date est fausse, et rien dans le testament ne prouvant qu'elle le soit, elle doit être réputée vraie; ou le timbre est un élément intrinsèque, alors vous pouvez l'invoquer contre le testament, mais je puis également l'invoquer pour en rectifier la date. »

198. Nous disons que la date ne peut être ni attaquée ni rectifiée par des inductions tirées d'éléments extrinsèques. C'est l'autre face du principe *Ex testamento, non aliunde*. La question se complique d'une difficulté que nous examinerons plus loin; il s'agit de savoir quelle est la force probante de la date que porte un testament olographe et dans quels cas il faut s'inscrire en faux pour l'attaquer. Nous supposons, pour le moment, que les demandeurs en nullité ne se sont pas inscrits en faux. Dans ce cas, la date écrite de la main du défunt fait foi, à moins qu'on ne prouve par le testament même qu'elle est irrégulière. Pourquoi ne peut-on pas alléguer des preuves extrinsèques? Précisément parce que la date fait foi, quand elle n'est pas attaquée par l'inscription en faux. Tout ce que l'on peut soutenir, c'est que la date est erronée; mais comme le testament contient une date régulière en apparence, c'est par le testament qu'il faut prouver qu'elle n'est pas exacte; sinon on arriverait à établir la date, non par le testament, mais en dehors du testament. En effet, si le

et *Recueil périodique*, 1832, 1, 76). Comparez Rejet, 8 mai 1855 (Dalloz, 1855, 1, 163). Rouen, 11 mai 1857 (Dalloz, 1857, 2, 132). Rejet, 28 juin 1869 (Dalloz, 1872, 1, 32). Comparez, plus bas, n° 428.

demandeur pouvait alléguer des faits extérieurs pour établir la vraie date, le défendeur devrait aussi avoir le droit de prouver la date par des inductions étrangères au testament; ce qui est contraire à l'essence même du testament, la date n'étant pas une question de preuve, mais un élément substantiel de la disposition; or, ce que le testateur a voulu s'établit par le testament, et non en dehors du testament (1).

L'application du principe se fait sans difficulté quand les faits extérieurs, invoqués pour rectifier une date reconnue inexacte, n'ont aucun rapport avec les dispositions du testament, ni avec les indications qui s'y trouvent. Telle serait une lettre par laquelle le testateur donne avis au légataire qu'il a fait une addition à ses dispositions. La lettre ne peut servir à rectifier la date; car elle n'est pas dans le testament et ne se rapporte à aucune indication du testament. Vainement dirait-on que la lettre elle-même est un testament, puisqu'elle est écrite, datée et signée du testateur. Ce qui prouve que la lettre n'est pas un testament, c'est qu'elle ne contient aucune disposition; elle annonce seulement que le testateur vient de disposer; c'est donc l'acte non daté qui contient ses dernières volontés, et celui-ci est nul (2). Par la même raison, il a été jugé qu'un testament daté du 18 septembre était nul pour défaut de date, bien qu'il se trouvât dans une enveloppe de lettre portant pour suscription : « Ceci est mon testament, 18 septembre 1865. » Suivait la signature. On prétendait que l'enveloppe devait être considérée comme une dépendance du testament, qu'elle donnait par conséquent sa date aux dispositions testamentaires qu'elle renfermait. En fait, cela n'était pas exact; le testament avait une date, mais incomplète; donc l'enveloppe n'était pas destinée à le dater, elle n'était donc pas une suite du testament. En droit, il est impossible de regarder l'enveloppe comme faisant partie du testament, à moins qu'il n'y ait un lien entre le contenant et le contenu, c'est-à-dire qu'il

(1) Nancy, 15 juillet 1843 (Dalloz, n° 2699).
(2) Rouen, 14 avril 1847 (Dalloz, 1848, 2, 152).

faudrait, dans le testament ou dans l'enveloppe, une indication qui identifiât les deux écrits (1).

199. La jurisprudence admet une restriction à ce principe. On lit, dans un arrêt de la cour de cassation, que les juges peuvent avoir égard à des faits extrinsèques quand il s'agit seulement d'apprécier la portée des énonciations contenues dans le testament et qui servent à en fixer la véritable date. Dans l'espèce, le testament était daté du 21 mars 1849 et le papier timbré sur lequel il était écrit portait, dans son filigrane, la date de 1850; le testament n'avait donc pu être fait avant 1850; restait à fixer l'année véritable; or, le testament portait que l'une des pièces de terre léguées était bornée au nord par un propriétaire qui avait cessé de l'être en vertu d'une vente authentique consentie le 17 juillet 1850, circonstance que la testatrice ne pouvait ignorer, puisqu'elle vivait à la campagne. L'acte de vente allégué par la cour pour fixer la date du testament était un fait extrinsèque, mais ce fait ne servait qu'à expliquer une énonciation qui se trouvait dans le testament et qui en fixait la date (2).

La condition essentielle pour que le juge puisse recourir à un fait extrinsèque, c'est que le fait ne soit que l'explication d'une disposition du testament, de sorte que c'est toujours dans le testament que l'on puise les éléments qui servent à rectifier la date. Un testament porte qu'il est fait le jour correspondant au 76e anniversaire de la naissance du testateur, c'est-à-dire le 22 octobre 1850, et il était daté, à la fin, du 22 octobre 1849. La date était donc incertaine; mais les juges trouvèrent dans le testament même des indications suffisantes pour la rectifier. Le testament désignait un tiers comme propriétaire d'une pièce de terre joignant celle qui était léguée, et il était constaté que le tiers n'avait acquis cette terre qu'au mois de juin 1850; un autre propriétaire, cité dans le testament comme confrontant une maison léguée, n'avait acquis sa

(1) Liége, 15 janvier 1870 (*Pasicrisie*, 1870, 2, 135).
(2) Rejet, 18 mai 1855 (Dalloz, 1855, 1, 163).

maison que le 14 octobre 1850; il était donc prouvé que le testament avait été fait, non en 1849, mais en 1850, et cela par les indications mêmes que renfermait le testament, indications qui étaient précisées par des faits extrinsèques (1); mais ces faits servaient uniquement à expliquer les dispositions du testament (2).

200. Si le testament ne contient aucune indication qui puisse servir à rectifier la date reconnue inexacte, il est nul, car une date erronée équivaut à l'absence de date. Un testament olographe portant la date du 10 août 1812 était écrit sur un timbre belgique, et ce timbre n'avait été introduit que le 1er avril 1814. Le testament était donc antidaté, partant la date n'était pas véritable ; or, l'acte ne contenait aucune indication qui fût de nature à fixer entre le 1er avril 1814, jour de l'émission des timbres belgiques, et le 4 novembre 1819, jour du décès du testateur, le jour, ni même l'année où il aurait signé le testament. La cour en conclut que la date du 10 août 1812 devait être considérée comme non existante, et que par suite le testament n'était point daté (3).

Un testateur date son testament du 1er avril 1828, il décède le 5 mars de cette année ; le timbre était de l'année 1828. Ces indications prouvaient que le testament avait été écrit dans l'intervalle du 1er janvier au 5 mars ; il y avait deux premiers de mois dans cet intervalle, le 1er février et le 1er mars. Lequel était-ce? On l'ignorait; donc en considérant comme exacte la date de l'année et du jour, le mois manquait ; ce qui emportait la nullité de la date et du testament. Qui sait, dit la cour, quelle raison l'abbé défunt a eue de dater son testament du 1er avril, date qui peut paraître singulièrement choisie pour l'œuvre sérieuse d'un acte de dernière volonté (4)?

(1) Rejet, 6 août 1856 (Dalloz, 1856, 1, 431).
(2) Comparez l'arrêt de Metz, cité no 196.
(3) Bruxelles, chambre de cassation, 4 décembre 1824 (*Pasicrisie*, 1824, p. 235, et Dalloz, au mot *Dispositions*, no 2694). Pau, 9 janvier 1871 (Dalloz, 1872, 2, 96). Bordeaux, 28 février 1872 (Dalloz, 1872, 2, 204). Riom, 19 juillet 1871 (Dalloz, 1873, 1, 435). Montpellier, 31 décembre 1872 (Dalloz, 1873, 2, 116).
(4) Rouen, 19 juin 1829 (Dalloz, au mot *Dispositions*, no 2702). Rejet

S'il est constant que la date mise au testament est fausse, la cour ne peut pas la rectifier par des conjectures étrangères au testament (1). Pour que les présomptions soient admissibles, il faut que la preuve testimoniale le soit; il faut de plus qu'il s'agisse de faits mentionnés dans le testament. Le tribunal de Lyon avait validé un testament daté du 31 novembre; la testatrice ignorait sans doute, dit le jugement, que le mois de novembre n'a que trente jours; elle voulait indiquer le jour qui suit le 30 novembre, donc la vraie date est celle du 1er décembre. Pure conjecture, dit la cour de Lyon. Comment savoir si l'erreur porte sur la date du jour ou sur la date du mois? Le testament ne donnant aucune indication à cet égard, il en résultait que la date était inexacte, sans qu'il y eût moyen de la rectifier (2).

201. Les exemples que nous avons empruntés à la jurisprudence supposent que les principes qui régissent la date inexacte s'appliquent au cas où le testateur a antidaté ou postdaté le testament, c'est-à-dire lorsque le testateur, en écrivant ses dispositions, y a mis une date antérieure ou postérieure au jour où il faisait son testament. L'antidate et la postdate peuvent être le résultat de l'erreur ou elles peuvent être volontaires. S'il y a erreur, on applique les principes que nous venons d'exposer. Sur ce point, il ne peut pas y avoir de doute : une date inexacte est nécessairement ou une antidate ou une postdate, et la date erronée n'est pas une date, à moins qu'on ne parvienne à rectifier l'erreur par les indications que le testament contient. Ce n'est pas là ce que l'on entend par un testament antidaté ou postdaté; on suppose que le testateur met sciemment une date autre que celle du jour où il écrit son testament. Cette date est-elle valable? En principe, non; car c'est une fausse date. Or, si une date erronée vicie le testament, à plus forte raison une date que le testateur savait fausse n'est-elle pas va-

18 novembre 1856 (Dalloz, 1856, 1, 85). Lyon, 22 février 1859, et Rejet, 8 août 1859 (Dalloz, 1859, 2, 112, et 1859, 1, 415).

(1) Cassation, 31 janvier 1859 (Dalloz, 1859, 1, 66).

(2) Lyon, 25 février 1870 (Dalloz, 1871, 2, 11).

lable. Cela résulte de l'essence même de la date; la date est l'expression du jour précis où le testateur a écrit ses dispositions; or, si, en écrivant ses dispositions le 10 novembre 1872, il y met la date du 10 octobre ou du 10 décembre, la date n'est plus vraie, et une date qui n'est pas vraie n'est pas une date, et le testament qui n'est pas daté est nul.

La jurisprudence est en ce sens (1). Il a été jugé en principe, par la cour de cassation, que la fausseté de la date équivaut à l'absence de la date, à moins qu'elle ne puisse être rectifiée par le testament lui-même et à l'aide de ses seules énonciations. Dans l'espèce, la date du 25 juin 1822 ne pouvait être vraie parce que le papier timbré dont le testateur s'était servi n'avait été mis en circulation que postérieurement à cette date (2).

Nous avons cité un arrêt qui annule un testament postdaté (n° 200). La jurisprudence en offre plus d'un exemple. Un testateur date ses dispositions du 1er janvier 1827; puis il change cette date pour celle du 1er octobre 1829, postdate évidente, puisque le testateur décéda le 25 septembre de la même année. Cette fausse date n'aurait pu être rectifiée que si elle avait été le fruit de l'erreur et si l'erreur avait pu être corrigée par les indications du testament (3); or, l'arrêt de la cour d'appel constate qu'il était impossible de trouver dans l'acte même le moyen de lui assigner sa véritable date. Le testament a été annulé (4). Un testateur met à ses dispositions la date du 22 août 1847, et il décède le 22 mars de cette année; la date était fausse. De deux choses l'une, dit la cour de Paris. Ou c'est avec intention que le testateur a écrit une fausse date, alors il a violé la loi et il a fait un testament nul; car quand l'article 970 exige que le testament soit daté, il entend parler d'une date sincère, qui permette d'apprécier si, au moment où il a testé, le testateur avait la ca-

(1) Arrêt de la cour supérieure de Luxembourg, 30 juin 1854 (*Belgique judiciaire*, 1855, p. 496).
(2) Cassation, 31 janvier 1859 (Dalloz, 1859, 1, 66).
(3) Agen, 6 avril 1813 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 2701).
(4) Rejet, 9 janvier 1839 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 2686). Comparez Rejet, 11 mai 1864 (Dalloz, 1864, 1, 294).

pacité et la volonté nécessaires. Ou c'est par erreur que le testateur a mis une date inexacte, alors il faut la rectifier par les énonciations du testament; ce qui, dans l'espèce, était impossible (1).

La doctrine est d'accord avec la jurisprudence. Dès que la date mise à un testament n'est pas la date véritable, elle doit être rectifiée par les énonciations du testament. Cela suppose qu'il y a erreur. Aussi l'erreur est-elle une des conditions que les auteurs exigent pour que la rectification de la date puisse avoir lieu (n° 194). Si c'est avec intention que le testateur a mis une date inexacte, il ne peut être question de la rectifier, car, en mettant une date qui n'en est pas une, il a fait sciemment un acte nul. Il faut dire avec Dumoulin que le testateur n'a pas voulu tester (2).

202. La cour de cassation de Belgique a rendu un arrêt qui paraît en contradiction avec la jurisprudence et avec la doctrine. En prescrivant que le testament soit écrit, daté et signé de la main du testateur, dit la cour, la loi ne limite d'aucune manière le droit du testateur de donner à l'acte qui renferme ses dernières volontés telle date qu'il juge convenir; d'où la conséquence qu'il peut même l'antidater sans que par là le testament en soit vicié, pourvu qu'au moment où il a testé, ainsi qu'à la date indiquée, il ait été capable, qu'il ait agi librement et que la date apposée n'ait pas été le résultat du dol et de la fraude. La cour en conclut que l'antidate n'est pas par elle-même une cause de nullité du testament (3).

Si l'on prend ces motifs dans le sens absolu qu'ils présentent, la doctrine de la cour se trouve en opposition avec les principes, avec le texte et avec l'esprit de la loi. Le texte veut une date; la date doit être vraie; or, l'antidate est une date fictive, donc ce n'est pas une date, et partant elle vicie le testament. Pourquoi la loi exige-t-elle une date précise du jour où le testateur écrit ses dispositions? Afin que l'on sache s'il était capable de tester; or,

(1) Paris, 19 mai 1848 (Dalloz, 1848, 2, 124).
(2) Demolombe, t. XXI, p. 89 et suiv., n° 91.
(3) Rejet, 2 avril 1857 (*Pasicrisie*, 1857, 1, 240).

s'il teste le 10 novembre 1872 et s'il antidate son testament au 10 novembre 1871, comment saura-t-on s'il était capable de tester? La date n'étant pas la véritable date, on ne sait pas quand le testateur a écrit ses dispositions, on ne sait donc pas s'il était capable de tester. Dire que le testateur peut donner à son testament telle date qu'il juge convenable, c'est dire qu'il peut éluder la loi. Le testament est une dérogation à la loi des successions légitimes; pour que le législateur l'admette, il faut que le testateur soit capable et libre, et pour savoir s'il a la capacité et la liberté nécessaires, la loi veut qu'il dise à quel moment il a testé. Or, on ne le sait pas si le testateur peut antidater son testament. Vainement la cour ajoute-t-elle la restriction « pourvu que le testateur ait été capable le jour où il a testé. » Dans la doctrine qu'elle consacre, on ne sait plus quand le défunt a testé. Il en résulte que l'on impose à l'héritier qui voudrait attaquer le testament pour cause d'incapacité ou de captation une preuve que la loi ne lui impose pas. La loi dit : Le testament a été reçu le jour de sa date; l'héritier n'a donc qu'une chose à prouver, c'est que le testament n'a pas été fait ce jour. La cour de cassation dit : Le testateur date comme il veut; il faut donc que l'héritier qui veut attaquer le testament pour cause d'incapacité ou de captation commence par établir quelle est la date véritable, en supposant qu'il y ait antidate, preuve très-difficile, puisqu'elle doit être prise, en général, dans le testament même, quand l'antidate n'a pas été mise par dol.

C'est ce que la cour de Liége a très-bien jugé. Elle pose en principe que le testateur, fût-il capable, ne peut tester que dans les formes et sous les conditions déterminées par la loi. Le testament olographe, dans l'espèce, portait la date du 20 juin 1856 et il était écrit sur un timbre de 1858, livré au public en juillet 1859. Cette antidate ne vicierait pas le testament s'il s'agissait d'une inexactitude ou d'une erreur involontaire, et si la date véritable pouvait être établie par le testament même; mais, dans l'espèce, le testament ne fournissait aucune indication à cet égard; il en résultait que le testament était sans date.

Vainement, dit la cour de Liége, dirait-on que le testament doit rester valable si, lors de l'antidate, le testateur était capable et si l'on n'allègue aucun dol qui vicie sa volonté. L'arrêt répond que cet argument confond la question de capacité avec la question de solennité. Il n'y aurait aucune incapacité, aucun dol que le testament serait encore nul, en cas d'antidate, parce qu'il manque l'un des éléments essentiels du testament olographe, une date véritable (1).

203. Dans l'espèce jugée par la cour de cassation de Belgique, l'antidate n'était pas prouvée; les héritiers demandaient à l'établir par la preuve testimoniale, et le tribunal de Liége avait accueilli leur demande. En appel le jugement fut réformé par le motif que les faits articulés ne se rattachaient pas à une cause de nullité, telle que la captation ou l'insanité de l'esprit. C'est dans ces termes que la question se présenta devant la cour suprême, et elle reçût la même décision. A notre avis, les deux arrêts sont mal motivés. Si l'exactitude de la date était contestée pour cause d'erreur, d'inadvertance, la preuve testimoniale n'était pas admissible, car il est de principe que l'on ne peut pas plus attaquer une date, que la rectifier par des preuves extrinsèques. La date était-elle fausse, en ce sens que le testateur avait à dessein antidaté son testament, la rectification par le testament ne pouvait être admise. Naissait la question de savoir quelle est la foi due à la date en supposant qu'il n'y ait aucune erreur : fait-elle foi jusqu'à inscription de faux? Nous reviendrons sur cette difficulté.

Une question analogue s'est présentée devant la cour de cassation de France. Le testament litigieux était daté du 16 avril; les héritiers prétendaient qu'il avait été écrit le 17 et ils demandaient à s'inscrire en faux. Ils n'alléguaient pas que l'antidate eût été mise dans une intention frauduleuse; dès lors il ne pouvait être question que d'une demande en nullité fondée sur l'erreur ou l'inadvertance du testateur. La cour de cassation en conclut, et avec rai-

(1) Liége, 17 février 1864 (*Pasicrisie,* 1864, 2, 168).

son, que l'erreur devait être justifiée par des preuves tirées du testament lui-même, que par suite il n'y avait pas lieu à inscription de faux. La cour de Caen avait ajouté une autre considération, c'est que les héritiers n'alléguaient pas que l'état intellectuel du testateur ou sa capacité auraient été différents le 16 et le 17 du même mois. C'était confondre deux ordres d'idées distincts, la validité du testament sous le rapport de la date et la validité du testament sous le rapport de la capacité. La cour de cassation s'est bien gardée de reproduire ce considérant ou de l'approuver(1). Nous croyons que la cour de cassation de Belgique aurait aussi dû écarter du débat concernant la date tout ce qui touche à la capacité.

204. On fait contre cette doctrine une objection qui est spécieuse. Le testateur a pleine liberté de rédiger ses dispositions successivement. Il commence aujourd'hui, il continue après un certain intervalle, puis il date son testament; quelle date y mettra-t-il : celle où il a commencé d'écrire ou celle où il a fini d'écrire? Il est libre de le dater comme il le veut, dit-on; donc il peut le dater du jour où il l'a commencé. Dira-t-on que ce testament est nul pour fausse date (2)? Nous reviendrons plus loin sur la question de savoir si des dispositions faites successivement peuvent recevoir une seule et même date. Autre est la question de l'antidate ou de la postdate. Il y a antidate proprement dite quand le testateur, au moment où il écrit et achève son testament, y met une date antérieure à celle du jour où il le fait. Cette date est fausse, et une date fausse n'est pas une date. Il y a postdate lorsque le testateur, au moment où il écrit son testament, y met une date postérieure. Comme il peut mourir d'un jour à l'autre, il risque de dater son testament d'une époque où il sera mort. Est-ce là une date véritable? Non, certes. On insiste et on dit que le testateur peut laisser son testament sans date au moment où il l'écrit, et le dater plus tard; que, s'il peut le postdater, pourquoi ne pourrait-il pas l'an-

(1) Rejet, 12 août 1851 (Dalloz, 1852, 1, 35).
(2) Réquisitoire de M. l'avocat général Faider (*Pasicrisie*, 1857, 1, 239).

tidater? Nous dirons plus loin à quelle époque la date peut ou doit être mise. L'hypothèse que l'on fait n'est pas la nôtre, celle de la postdate proprement dite. Il faut, en cette matière délicate, bien se garder de confondre les cas divers et de raisonner de l'un à l'autre par voie d'analogie, alors que les circonstances diffèrent.

205. Nous admettons, avec la cour de cassation de France, qu'une date fausse équivaut à l'absence de date (1), et la date est fausse quand le testament est antidaté ou postdaté. La date erronée est aussi une date fausse, en ce sens qu'elle n'est pas la vraie date. Dans tous les cas où la date n'est pas exacte, le testament est nul, à moins que l'on ne puisse la rectifier d'après les règles que nous venons d'exposer. Il importe donc beaucoup de savoir comment on peut prouver qu'une date est fausse. Nous laissons pour le moment de côté le cas où il y a lieu à l'inscription en faux.

De nombreux arrêts ont déclaré la date fausse en se fondant sur la date à laquelle avait été émis le timbre dont le testateur s'était servi. Ce mode de preuve donne lieu à plus d'une objection. Le papier ne porte pas toujours un millésime, il a néanmoins une marque quelconque qui fait connaître la date de son émission. Il faut, en ce cas, recourir à une preuve en apparence extrinsèque. Ainsi le timbre contient le chiffre placé au bas de la rosace du filigrane. Une lettre du directeur du timbre, dont la signature est légalisée par le directeur général de l'enregistrement, constate que ce chiffre est la marque d'une fabrique de papier admise à faire des fournitures à partir du 1er septembre 1835; d'où suivait que toute feuille de papier timbré revêtue de cette marque n'ayant pu être mise en circulation qu'après le 1er septembre 1835, le testament daté du 20 avril de cette année et écrit sur un timbre de ladite fabrique était nécessairement antidaté, donc il y avait fausse date et par suite nullité du testament. L'arrêt qui le décidait ainsi fut attaqué par le motif que l'on aurait dû s'inscrire en faux, ou au moins rectifier

(1) Rejet, 18 novembre 1856 (Dalloz, 1857, 1, 86).

la date par le testament et non par une lettre émanée de l'administration du timbre. Il a été jugé que la demande en nullité de la date n'ayant pas pour objet de faire déclarer le testament faux, il n'y avait pas lieu de s'inscrire en faux, mais de rectifier la date, si la chose pouvait se faire par le testament. La cour de cassation reconnaît qu'il est de principe que l'erreur qui vicie la date doit s'établir par une preuve qui résutle du testament lui-même; mais, dans l'espèce, le testament se confondait avec l'état matériel du papier sur lequel il était écrit (n° 197); il s'agissait seulement de constater cet état matériel en vérifiant la date de l'émission du timbre, date qui était écrite implicitement dans le papier timbré (1).

On a fait une autre objection contre l'induction que la jurisprudence tire du filigrane du timbre. On admet généralement que le testament olographe, quand l'écriture en est reconnue ou vérifiée, fait foi de sa date : peut-on combattre cette foi par la preuve résultant du filigrane, alors que l'indication du filigrane pourrait être fautive? La cour de cassation répond que la loi elle-même prescrit que les papiers timbrés porteront un filigrane particulier et que ce filigrane est exécuté par les soins et sous la surveillance d'une administration publique. La cour ajoute que la marque ou le millésime du timbre n'est pas une présomption *juris et de jure*. Il faut dire plus, il n'y a aucune présomption légale, puisqu'il n'y a pas de loi qui établisse cette présomption; mais la date de l'émission du timbre est un fait public, puisqu'il est constaté par l'administration; il en résulte une preuve, mais rien n'empêche celui à qui on l'oppose de faire la preuve contraire (2).

206. La date est encore fausse quand on y mentionne des événements qui se sont passés postérieurement au jour où le testateur dit avoir écrit ses dispositions. Nous en trouvons un singulier exemple dans un arrêt de la cour de Riom. Le testament portait, entre autres dispositions, celle-ci : « Voulant prouver à ma sœur aînée toute ma

(1) Rejet, 4 janvier 1847 (Dalloz, 1847, 1, 147).
(2) Loi du 13 brumaire an VII, art. 3. Rejet, 11 mai 1864 (Dalloz, 1864, 1, 295).

reconnaissance pour les procédés fraternels dont elle n'a cessé d'user envers moi, je lui donne la somme de six francs, prix du cornet de dragées dont elle m'a fait cadeau pour le baptême de sa fille auquel elle n'a pas daigné m'inviter. » Le testament était daté du 1er janvier 1830 et le baptême n'eut lieu que dans le mois de février suivant. La sœur ainsi gratifiée demanda la nullité du testament pour fausse date. La date était évidemment erronée; le testament était sans doute antidaté; or, comme il n'y avait pas dans le testament des éléments qui pussent fixer la vraie date, il se trouvait sans date certaine, donc il était nul (1).

La contradiction entre la date et certaines énonciations du testament s'explique parfois par la rédaction successive des diverses clauses du testament. Le testateur écrit son testament et le date, mais il laisse en blanc deux pages pour y ajouter de nouvelles dispositions qu'il se propose de faire; au fur et à mesure qu'elles sont arrêtées dans son esprit, il les consigne par écrit. Parmi ces nouvelles dispositions, il y en avait qui contenaient des énonciations incompatibles avec la date primitive. Qu'en résultait-il? Nous citons la décision de la cour de cassation parce qu'elle confirme les principes que nous avons enseignés dans cette difficile matière. Il y avait, dans l'espèce, antidate certaine pour plusieurs dispositions; l'antidate constitue une fausse date, et la fausse date équivaut à l'absence de date. Or, la date mise d'abord au testament ne pouvait s'appliquer aux dispositions relatant des faits postérieurs. La date n'était donc pas vraie pour tout le testament. Pouvait-on distinguer par le testament les dispositions auxquelles s'appliquait la date primitive? L'arrêt de la cour de Bordeaux, très-bien motivé, décide que non. Il en résultait que la date était incertaine, donc nulle. La cour de cassation confirma la décision (2).

La contradiction peut parfois s'expliquer de manière que la date soit maintenue comme véritable. Comme il s'agit de faits extérieurs, la question naît de savoir si les

(1) Rejet, 9 mai 1833 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 2696).
(2) Rejet de la chambre civile, 20 février 1860 (Dalloz, 1860, 1, 116).

parties intéressées peuvent les invoquer avec toutes leurs circonstances pour expliquer l'erreur où se trouvait le disposant. L'affirmative n'est pas douteuse. Quand les héritiers invoquent ces mêmes faits dans leur rapport avec les indications du testament pour attaquer la date comme fausse, les légataires doivent avoir le droit d'invoquer les circonstances qui expliquent l'erreur et justifient la date. Ainsi un testament, dont du reste la date est régulière, contient un legs au profit de personnes que le testateur désigne, l'une comme sa domestique, l'autre comme mariée; et il se trouve qu'à la date exprimée au testament, celle-là n'était pas encore à son service et celle-ci n'était pas encore mariée. Les héritiers légitimes s'emparèrent de ces faits pour attaquer la date; dès lors les légataires pouvaient s'en prévaloir pour les expliquer, en ce sens que la première légataire était, à l'époque du testament, sur le point d'entrer au service du testateur et le mariage de la seconde était arrêté. La cour de Caen en conclut que la date était sincère, et la cour de cassation confirma l'arrêt en décidant que les magistrats n'avaient fait qu'apprécier, comme ils en avaient le droit, les circonstances de la cause (1).

Dans une autre espèce, le testateur avait qualifié l'un des légataires de commis, et il ne l'était devenu que plus tard. En résultait-il que la date était fausse? La cour d'appel valida le testament par cette considération que le testateur, ayant eu des rapports antérieurs avec le légataire, lui avait volontairement donné une qualification qu'il devait bientôt recevoir et qui par conséquent devait lui appartenir lors de l'ouverture du testament. Pourvoi en cassation fondé sur ce que la cour avait écarté la cause de nullité du testament, prise dans le testament, à l'aide de circonstances extrinsèques. La cour de cassation décida, en principe, que si la date erronée d'un testament ne peut être rectifiée qu'à l'aide d'éléments puisés dans le testament lui-même, il en est autrement lorsque la date est régulière et complète et que sa sincérité n'est atta-

(1) Rejet, 29 avril 1850 (Dalloz, 1850, 1, 153).

quée que par des faits et des considérations extrinsèques. Dans ce cas, dit l'arrêt, c'est l'appréciation de ces circonstances, et non la date qui forme le sujet du débat, et cette appréciation rentre dans le domaine exclusif des juges du fait (1). Il nous semble que le motif est mal formulé. C'est bien la date que l'héritier légitime attaque, il soutient qu'elle est fausse : peut-il alléguer des faits et des circonstances extrinsèques pour le prouver? La cour semble le dire. Cependant il est de principe que l'on ne peut attaquer la date d'un testament que par des moyens de preuve puisés dans le testament même, peu importe que l'on prétende que la date est inexacte ou fausse (n° 198). En réalité, dans l'espèce, le demandeur se prévalait du titre de commis que le testateur donnait à un légataire; donc il prenait appui sur le testament pour en attaquer la date; quant aux faits extérieurs, il ne les invoquait que pour préciser la preuve empruntée au testament. Il restait donc dans les limites du principe *Ex testamento, non aliunde,* avec la restriction ou l'explication que la jurisprudence a consacrée. De son côté, le défendeur pouvait se prévaloir des faits extérieurs pour donner une autre interprétation à la qualification de commis qui était le fondement de l'action en nullité. On dira que cette critique est une dispute de mots, puisque, au fond, nous sommes d'accord avec la cour de cassation. Non, c'est préciser le motif de décider dans une matière très-délicate, et dans une science logique, telle que le droit, on ne saurait être trop exact.

Il importe d'autant plus d'être exact que la jurisprudence, à notre avis, va trop loin dans la voie de l'interprétation qui tend à maintenir les actes de dernière volonté. Un testament est attaqué comme contenant une fausse date, parce qu'il indique comme pouvant se réaliser dans l'avenir la vente d'un bois, tandis que, à la date mise par le testateur, le bois était déjà vendu. La cour de Poitiers a décidé que cela ne suffisait pas pour annuler la date. Il y a une différence, dit-elle, entre l'antidate

(1) Rejet, 4 novembre 1857 (Dalloz, 1858, 1, 75). Comparez Bruxelles, 11 juin 1859 (*Pasicrisie*, 1862, 2, 331).

pure et simple et l'antidate résultant de ce que le testateur indique des faits déjà accomplis comme devant ou pouvant s'accomplir prochainement. Sans doute, dans ce dernier cas, l'antidate peut s'expliquer par les circonstances du fait, comme l'explique la cour; le testateur a pu préparer son testament longtemps avant de le compléter par la signature et la date : il a pu copier et recopier plusieurs fois le testament sans modifier les énonciations qui avaient vieilli. L'arrêt conclut de toutes ces possibilitésque le demandeur ne faisait pas la preuve qu'il devait administrer (1). Ici il y a erreur, nous semble-t-il. Le demandeur prouve que la date est fausse en mettant le fait non accompli en regard de la date lors de laquelle il était accompli. C'est après cela aux défendeurs à donner des explications de cette antinomie, non en alléguant de simples possibilités, mais en prouvant des faits positifs qui expliquent et justifient la date; puis c'est au juge à apprécier la preuve. Dans le système de la cour de Poitiers, on pourrait maintenir comme valables toutes les fausses dates, parce que l'on peut toujours imaginer des possibilités qui les expliquent.

207. La date doit-elle contenir la mention du lieu où l'acte a été fait? Il est de doctrine et de jurisprudence que cette mention n'est pas requise. La cour de cassation se borne à dire que la loi ne prescrit point la mention du lieu. La raison n'est pas décisive. On peut dire que le lieu fait partie de la date; tel est, en effet, l'usage. Il faut donc prouver par des textes que le code n'a pas consacré cet usage. C'est ce que la cour de Nîmes a fait dans un arrêt très-bien motivé. Elle cite d'abord l'ordonnance de 1735 qui définissait la date en exigeant la mention du jour, du mois et de l'année. Or, le code n'a fait que reproduire la disposition de l'ordonnance, en la résumant dans un mot, la date. Il y a ensuite les articles du code conçus en ce sens. L'article 42 veut que sur les registres de l'état civil aucune date ne soit mise en chiffres; les articles 1338 et 1342, qui parlent de la date, ne mentionnent

(1) Poitiers, 2 mars 1864 (Dalloz, 1864, 2, 130).

pas le lieu. De l'ensemble de ces dispositions il résulte que la date ne comprend que l'indication du jour. Il n'y avait d'ailleurs aucun motif juridique d'exiger l'indication du lieu où l'acte est dressé. Le testateur peut partout tester dans la forme olographe, à l'étranger comme en France (art. 999); peu importe donc le lieu où il écrit ses dernières volontés (1).

208. Il a aussi été jugé que la date peut être écrite en chiffres; la loi le permet par cela seul qu'elle ne le défend pas. Quand elle veut que la date soit écrite en toutes lettres, elle le dit; ainsi l'article 42 défend de mettre aucune date en chiffres dans les actes de l'état civil. Aucune défense pareille n'a jamais existé pour les testaments olographes. La loi a dû éviter des formalités trop nombreuses donnant toutes lieu à nullité (art. 1001), dans des actes qui sont souvent rédigés par des personnes relativement illettrées (2).

209. Quand le testateur doit-il dater? Il a été jugé que le testament olographe peut être daté à une époque postérieure à celle de sa rédaction (3). Il y a une raison de douter. Cette date postérieure n'est-elle pas une post-date? et par conséquent une fausse date? Non, il y a fausse date quand, au moment même où le testateur écrit et achève son testament, il y met une date autre que celle du jour où il teste. Mais lorsque le testateur, après avoir écrit son testament sans le dater, y met plus tard une date, il est censé avoir écrit ses dispositions à cette date. On objecte que la capacité du testateur pourra être douteuse, parce qu'on ne sait quelle époque il faut considérer pour l'apprécier, celle de la rédaction, ou celle de la date. C'est certainement celle de la date, car lors de la rédaction il n'y avait pas de testament, puisque les dispositions n'étaient pas datées. Le testament n'existe donc réelle-

(1) Rejet, 6 janvier 1814; Nîmes, 20 janvier 1810 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 2658), et tous les auteurs (Aubry et Rau, t. V, p. 499, note 19, et Demolombe, t. XXI, p. 80, n° 78, et Dalloz, n° 2658, et les auteurs qu'ils citent.

(2) Nîmes, 20 janvier 1810 (Dalloz, n° 2658) et tous les auteurs (Aubry et Rau, t. V, p. 499, note 20, et les auteurs cités).

(3) Paris, 13 décembre 1836 (Dalloz, n° 2668).

ment que du jour où le testateur y a mis la date. De même si le testateur avait fait plusieurs testaments, en donnant une date postérieure à celui qui était rédigé le premier, ce serait ce testament qui contiendrait la dernière expression de la volonté du défunt. Il y a un arrêt de la cour de cassation en ce sens (1).

210. Où la date doit-elle être mise? Cette question n'est pas sans difficulté. Il faut distinguer les divers cas qui peuvent se présenter. Supposons d'abord un testament écrit d'un seul contexte au profit d'un seul légataire. On demande si le testateur peut mettre la date au commencement, dans le corps de l'acte ou à la fin, mais avant la signature. Sur ce point, tout le monde est d'accord. La loi ne contient aucune disposition précise sur la place à laquelle la date doit être mise; l'article 970, en disant que le testament doit être écrit, daté et signé du testateur, semble, il est vrai, indiquer l'ordre dans lequel doivent se faire l'écriture, la date et la signature. Toutefois, il serait difficile de considérer comme prescrit sous peine de nullité, l'ordre dans lequel la loi énumère les trois éléments du testament olographe; tout ce que l'on peut inférer de l'article 970, c'est qu'il doit y avoir une date, comme il doit y avoir un écrit de la main du testateur; mais le code ne s'occupant pas de la place où la date doit être mise, ce serait dépasser la loi que de prescrire, sous peine de nullité, que la date doit se trouver à la fin de l'acte. Quant à l'esprit de la loi, il n'est pas douteux : tout ce que le législateur veut, c'est que l'on sache quel jour le testateur a écrit ses dispositions; il suffit, pour cela, qu'il ait mis une date, peu importe où il l'a écrite, pourvu que la date se rapporte à tout le testament; or, pour qu'elle s'y rapporte, il n'est pas nécessaire qu'elle se trouve à la fin. De même que la date mise au commencement d'une lettre fait connaître le jour où elle a été écrite, de même la date que le testateur met avant d'écrire ses dispositions fait connaître le jour où il a dressé son testament (2).

(1) Rejet de la chambre civile, 15 juillet 1846 (Dalloz, 1846, 1, 342).
(2) Duranton, t. IX, p. 31, n° 32, et tous les auteurs (Aubry et Rau, t. V, p. 499, note 21).

On ne conçoit guère qu'une date se trouve au milieu. Le cas s'est cependant présenté, et il n'est pas sans difficulté. Un testament, écrit à l'intérieur d'une feuille de papier formant quatre pages, remplit la seconde et la troisième. Il commence par deux phrases au-dessous desquelles se trouve la signature, puis la date. Après cela vient une série de dispositions, toutes signées, mais non datées. La date unique mise après la première disposition suffisait-elle? Il a été jugé que la date se rapportait à ce qui la suivait plutôt qu'à ce qui la précédait, de même que la date d'une lettre. L'état matériel du testament prouvait qu'il était écrit d'un seul jet, sans désemparer; d'où suivait que la date se rapportait à toutes les dispositions. Sur le pourvoi, la cour de cassation prononça un arrêt de rejet qui consacre les principes que nous venons d'exposer. En faisant de la date une des formes substantielles du testament olographe, dit la cour, l'article 970 ne contient aucune prescription sur la place que la date doit occuper. Il suffit qu'elle appartienne à toutes les dispositions du testament. Or, le juge du fait avait décidé que toutes les dispositions ne formaient qu'un seul et même contexte et que la date unique que le testateur avait mise au commencement appartenait à toutes les dispositions qui la suivaient. Cela était décisif (1).

211. La date peut-elle être mise après la signature? Cette question, qui paraît si simple, est très-controversée; elle divise les auteurs; quant à la jurisprudence, on peut dire qu'elle est sans principe arrêté, sa tendance est de valider le testament dès qu'il contient une date. Nous nous rangeons sans hésiter à l'avis des auteurs qui enseignent que la date doit précéder la signature. Pothier pose à cet égard un principe qui nous paraît incontestable. « La signature, dit-il, doit être à la fin de l'acte parce qu'elle en est le complément et la perfection (2). » Il faut donc que la signature atteste que le défunt a écrit ses dispositions à telle date; or, si la date vient après la signature, le testament n'a pas de date certifiée; c'est dire qu'il n'est

(1) Rejet, 7 juillet 1869 (Dalloz, 1870, 1, 76).
(2) Pothier, *Des donations testamentaires*, n° 11.

pas daté. C'est ce que Toullier et Merlin enseignent (1). Cette rigueur leur a attiré le reproche d'être des esprits méticuleux; Troplong parle à ce sujet des misères de la jurisprudence; il semble traiter toutes ces questions de vétilles. Cependant lui-même exige que la date soit certifiée par la signature. Or, la signature peut-elle certifier ce qui la suit? Il faut donc que l'on s'occupe de ces *misères*, à moins qu'on ne répudie tout le formalisme de notre code en matière de testaments.

Marcadé a un argument péremptoire, selon lui. La date, dit-il, n'est pas comprise dans le testament, donc elle ne doit pas être certifiée par la signature. Quoi! la date ne fait pas partie constitutive du testament! Ce n'est qu'un accessoire! Et la signature aussi n'est qu'un accessoire! Cependant l'article 970 dit qu'il n'y a de testament olographe que lorsque l'acte est écrit, daté et signé par le testateur. Il met la date et la signature sur la même ligne que l'écriture, et cela par l'excellente raison que les trois éléments ne forment qu'un seul et même tout, que l'on appelle testament. Si donc un testament est écrit de la main du testateur, cela ne suffit pas, il faut que la signature atteste qu'il est écrit par lui. De même, il ne suffit pas qu'il y ait une date, il faut que la signature atteste que le défunt a daté ses dispositions; d'où suit que si la signature précède la date, rien ne prouve que le testateur ait daté, en ce sens que la date ne se trouve plus dans le testament, elle est en dehors; légalement le testament n'a pas de date, et partant il est nul (2).

La jurisprudence s'est mise au-dessus de la rigueur de la loi; le fait l'emporte sur le droit. On conçoit que la date soit validée quand elle se trouve en face de la signature; tel est l'usage dans les lettres, et il est assez naturel de le transporter dans les testaments olographes (3).

(1) Toullier, t. III, 1 p. 209, n° 375. Merlin, *Répertoire*, au mot *Testament*, sect. II, § IV, art. III, n° VI (t. XXXIV, p. 132). Comparez Troplong, t. II, p. 23, n° 1491.

(2) Aubry et Rau, t. V, p. 499, note 21, § 668. En ce sens, Liége, 22 février 1812 (Dalloz, n° 2730). En sens contraire, Marcadé, t. IV, p. 8, n° III de l'article 970.

(3) Paris, 22 avril 1828 (Dalloz, n° 2673, 4°).

On comprend encore que la date accompagne la signature, de sorte que dans un seul et même contexte le testateur signe et date, sans que la date soit séparée de la signature, laquelle, dans ce cas, s'identifie avec la date (1). Mais la jurisprudence va plus loin, elle valide la date qui est séparée de la signature et qui se trouve plus bas, donc en dehors du testament. On prétend que la date n'est pas en dehors du testament, parce que, d'après la jurisprudence, elle doit avoir une corrélation nécessaire avec les dispositions (2). Cela est bien vague; où est ce lien nécessaire lorsque la signature a complété le testament et qu'ensuite le testateur mette la date? On objecte que la loi ne prescrit pas que la date soit avant la signature et que l'interprète ne peut pas créer de nullité (3). Nous répondons que la loi exige la signature sous peine de nullité, et où la signature doit-elle se trouver? Le bon sens le dit : la signature met le cachet à l'acte, elle l'achève, donc il faut que tout ce qui constitue l'acte précède. La nullité résulte donc de l'essence de la signature; c'eût été une niaiserie de dire que le testateur doit mettre son nom au bas de l'acte, puisque la signature n'est pas autre chose que le nom mis au bas de l'acte. Il suffisait d'exiger la signature et de l'exiger sous peine de nullité.

212. Le testament peut contenir plusieurs dispositions; il n'est pas requis que le testateur les écrive un seul et même jour. Il peut écrire une disposition aujourd'hui, en écrire demain une autre et après-demain une troisième, puis dater et signer le testament le jour où il le termine. Un testament ainsi fait répond aux exigences de la loi; il est écrit, daté et signé de la main du testateur. On ne peut pas dire qu'il y ait fausse date, parce que des dispositions écrites aujourd'hui sont datées d'un autre jour; car toutes les dispositions sont censées écrites le jour de la date. Cela est en harmonie avec l'esprit de

(1) Liége, 23 juin 1823 (*Pasicrisie*, 1823, p. 450, et Dalloz, nº 2673, 1º). Bruxelles, 15 juin 1863 (*Pasicrisie*, 1863, 2, 335).
(2) Rejet, 11 mai 1831 (Dalloz, nº 2603, 2º). Bruxelles, 29 février 1868 (*Pasicrisie*, 1868, 2, 227).
(3) Bordeaux, 12 janvier 1825, et Rejet, chambre civile, 9 mai 1825 (Dalloz, nº 2673, 1º), et 11 mai 1833 (Dalloz, nº 2603, 2º).

la loi aussi bien qu'avec le texte. Les héritiers ne peuvent pas objecter qu'ils ignorent la date réelle à laquelle les diverses dispositions ont été écrites, et que par suite il leur est impossible de prouver l'incapacité du testateur, ou les faits de captation et de suggestion au moment où il a testé. On répond que le défunt n'a réellement testé que le jour où il a mis la date et la signature ; tant qu'il n'a ni daté ni signé, les dispositions qu'il a écrites ne sont qu'un projet, c'est la date et la signature qui impriment le caractère de testament à ce qui jusque-là n'était qu'un projet ; si réellement il y a des manœuvres frauduleuses, c'est le jour de la date et de la signature qu'elles sont à craindre. De même le testateur ne doit être capable que ce jour, car c'est alors qu'il teste. Si au jour où il date et signe il est capable et libre, son testament sera la libre expression des volontés qu'il avait le droit d'exprimer, il doit donc être valable, alors même qu'il aurait été incapable et sous l'influence de manœuvres doleuses au moment où il a écrit ses dispositions. D'ailleurs une fois la date constatée, les héritiers savent l'époque à laquelle le testateur a été amené à disposer, et rien ne les empêche d'alléguer des faits de dol antérieurs au jour de la date et de la signature. Dès lors il est inutile que les diverses dispositions du testament portent la date du jour où le testateur les a écrites. C'eût été multiplier les chances de nullité dans un testament que le législateur a voulu rendre aussi simple que possible afin de le mettre à la portée de tous les testateurs. La jurisprudence et la doctrine sont en ce sens (1).

Il y a quelque difficulté dans l'application du principe. Le testateur écrit, date et signe son testament, puis il ajoute plusieurs dispositions signées et non datées ; enfin la dernière disposition est datée et signée. Sont-ce des dispositions d'un seul et même testament, ou sont-ce des testaments différents? Il y a sur ce point des arrêts en sens divers ; c'est une question de fait plutôt que de droit.

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Testaments*, sect. II, § IV, art. III, n° 7 (t. XXXIV, p. 133) ; Bruxelles, 20 mai 1829 (Dalloz, n° 2735 ; *Pasicrisie*, 1829, p. 182).

La cour de Liége a jugé qu'en mettant à la suite les unes des autres des dispositions qui se lient en la forme et au fond, le testateur témoigne qu'il entend faire un tout indivisible de ses dernières volontés ; que, par suite, la date apposée au dernier legs se reporte sur les autres, comme appartenant au même testament. Le premier juge avait considéré les dispositions écrites et signées à des époques différentes comme autant de testaments divers. La cour dit très-bien que la loi n'exige pas que le testament olographe soit fait en un seul et même contexte; les signatures qui suivaient les divers legs n'en détruisaient pas l'ensemble, elles étaient surabondantes, et on ne peut pas tourner contre le testament des formes qui n'ont été introduites que pour assurer l'exécution des dernières volontés (1).

La même cour a jugé, dans une autre espèce, que les diverses dispositions, quoique écrites sur une même feuille de papier, n'ayant aucune espèce de relation entre elles, devaient être considérées comme des testaments divers; d'où résultait la nullité de celles qui n'étaient pas datées. Nous ne voudrions pas faire de cette décision un principe général, et telle n'a pas été la pensée de la cour ; en effet, elle ajoute une considération de fait, c'est qu'une même date aurait suffi pour les diverses dispositions si la date avait été placée de manière qu'elle se rapportât à toutes; c'est parce qu'il n'en était pas ainsi, dans l'espèce, que la cour annula la disposition non datée. La décision est donc fondée sur les circonstances de la cause (2).

213. La même difficulté se présente pour les dispositions additionnelles écrites en marge ou à la suite du testament : doivent-elles être datées et signées, ou participent-elles à la date et à la signature du testament? Il nous semble qu'il faut distinguer les renvois proprement dits et les additions qui contiennent des dispositions nouvelles. Quand le testateur fait un renvoi, c'est pour réparer un oubli, ou pour expliquer et préciser sa pensée, afin de prévenir les difficultés ; les renvois font donc corps avec

(1) Liége, 16 novembre 1857 (*Pasicrisie*, 1858, 2, 11).
(2) Liége, 15 avril 1835 (*Pasicrisie*, 1835, 2, 153; Dalloz, n° 2680).

l'acte, ils n'en sont détachés que par accident; on ne peut pas même dire qu'ils en soient séparés quand le testateur a pris soin d'ajouter un signe qui marque le renvoi. Peu importe, dans ce cas, où le renvoi est placé, en marge ou à la suite; l'usage est d'écrire les renvois en marge, mais la marge peut ne pas suffire; d'ailleurs ce n'est pas la place qu'occupe le renvoi qui l'unit et le confond avec le testament, c'est la nature même du renvoi, lequel par lui seul n'aurait aucun sens; il n'a de signification que si on le met dans le corps du testament, où il aurait dû être écrit. Un arrêt de la cour de cassation en offre un exemple remarquable.

Une dame, après avoir fait un grand nombre de legs particuliers, institue, sans le nommer, un légataire universel de ses biens tant mobiliers qu'immobiliers; elle signe et date son testament, puis, remarquant son oubli, elle ajoute, en se servant des signes employés pour indiquer un renvoi : « Ayant oublié de désigner mon légataire universel, je répare cette omission, c'est M... » Le premier juge annula cette disposition parce qu'elle n'était pas datée. C'était une erreur; le renvoi, à vrai dire, n'était pas une disposition, puisque l'institution se trouvait dans le testament; c'était la réparation d'un oubli, comme la testatrice le disait elle-même; le renvoi était donc le complément du testament, il en faisait partie intégrante, et par suite il participait à la date qui s'y trouvait. La décision fut confirmée par un arrêt de rejet; il est impossible, dit la cour de cassation, de voir dans cette clause un acte isolé et contenant une disposition spéciale; elle n'est, au contraire, que l'explication du testament qui précède; de sorte que la clause sans le testament n'avait pas de sens, et le testament sans le renvoi était incomplet, preuve que le testament et le renvoi ne faisaient qu'un seul et même tout. Dans la rigueur du droit et du langage juridique, la cour n'aurait pas dû appeler le renvoi une *clause additionnelle*, car cette expression implique une disposition nouvelle (1).

(1) Dijon, 24 juillet 1861 (Dalloz, 1861, 2, 151), et Rejet, 18 août 1862 (Dalloz, 1863, 1, 348).

214. Il importe beaucoup de distinguer le renvoi de la clause additionnelle; celle-ci, comme nous allons le dire, doit être datée et signée, tandis que le renvoi ne doit pas l'être. Suffit-il, pour qu'il y ait renvoi, que le testateur se soit servi du signe habituel qui marque le renvoi? Non, certes, ce n'est là qu'un lien matériel, et la marque matérielle peut ne pas être l'expression de la vérité, en ce sens que la disposition ajoutée sous forme de renvoi n'a pas été écrite au moment où le testateur a fait son testament; dans ce cas, malgré le signe du renvoi, la disposition est une clause additionnelle. C'est la nature de la disposition qui caractérise le renvoi et le distingue de l'addition. Il faut voir si la disposition écrite en marge ou à la suite du testament contient un legs; dans ce cas, la clause est une addition au testament; pour mieux dire, c'est un testament nouveau si la disposition a été écrite après que le testament primitif était achevé; par suite elle doit être datée et signée. La jurisprudence est en ce sens.

Un testateur, par un renvoi commencé dans un interligne et terminé en marge, donne à la légataire, au profit de laquelle il avait fait son testament, sa maison d'habitation et plusieurs objets mobiliers; le renvoi était signé, mais non daté. Les héritiers naturels demandèrent la nullité de cette disposition, tandis que la légataire soutint que le renvoi se rattachait au testament et était destiné à le compléter. Il y avait en effet un lien matériel, et de plus le testateur avait voulu faire considérer la disposition comme un simple renvoi, puisqu'il avait commencé à l'écrire dans un interligne. Mais, comme le dit très-bien la cour d'Amiens, les tribunaux ne doivent tenir compte des volontés du testateur qu'à une condition, c'est qu'il respecte la loi et l'observe. Or, la loi veut que le testateur date ses dispositions. Dans l'espèce, il s'agissait d'une disposition nouvelle écrite postérieurement à la rédaction définitive du testament; l'arrêt le prouve par l'état matériel du testament et de la clause additionnelle, ainsi que par les legs mêmes qui s'y trouvaient. Le legs nouveau, qui dérogeait en un certain sens aux legs primitifs, étant

une disposition postérieure, formait réellement un nouveau testament, ce qui décidait la question (1).

A plus forte raison la disposition écrite en marge, par laquelle le testateur fait un legs au profit d'une personne qui n'est pas dénommée dans le corps même de l'acte, est-elle une clause additionnelle, ou un nouveau testament, malgré le signe matériel de renvoi qui la rattache au testament; elle doit par conséquent être datée et signée (2).

215. Les dispositions écrites en marge du testament doivent-elles toujours être datées? La cour de Dijon a jugé en termes absolus que le testateur peut expliquer et rectifier ses dispositions par un renvoi en marge de son testament; elle n'admet d'exception qu'en cas de dol ou de fraude. Il résulterait de là que toute disposition faite sous forme de renvoi se confond avec le testament et n'a pas besoin d'être datée. Cet arrêt a été cassé. La cour de cassation pose en principe que toutes les dispositions du testament, sans en excepter aucune, doivent être datées; c'est la conséquence logique de l'article 970, suivant lequel le testament n'est point valable s'il n'est écrit en entier, daté et signé de la main du testateur. En fait, la testatrice avait écrit, daté et signé ses dispositions le 8 février 1858; elle avait ajouté un renvoi en marge, signé, mais non daté; ce renvoi contenait un nouveau legs. Il était constant que le renvoi avait été fait postérieurement au corps du testament en marge duquel il était placé. La date du testament pouvait-elle s'appliquer à ce renvoi? Dans l'espèce, et à raison des faits de la cause, la cour décide que le renvoi aurait dû être daté. D'abord le renvoi était postérieur au testament, puis il ne pouvait être destiné à éclaircir, expliquer ou compléter les autres dispositions du testament comme s'y liant et s'y rattachant; c'était donc une disposition nouvelle et distincte, pour la validité de laquelle une date spéciale était indispensable (3).

(1) Amiens, 6 février 1862 (Dalloz, 1863, 2, 128).

(2) Besançon, 19 juillet 1861, et les conclusions du procureur général Loiseau (Dalloz, 1861, 2, 131).

(3) Cassation, 27 juin 1860 (Dalloz, 1860, 1, 287). Comparez Caen, 21 août 1860, et Rejet, 16 décembre 1861 (Dalloz, 1862, 1, 95). Bruxelles, 10 juillet 1865 (*Pasicrisie*, 1865, 2, 224).

La décision de la cour implique que la disposition marginale ne doit pas être datée lorsqu'elle se fait au moment même où le testateur écrit ses dernières volontés et qu'elle se rattache au corps du testament; elle est dispensée de la date, parce que, faisant corps avec le testament, elle est datée comme toutes les autres dispositions qui s'y trouvent. Si la disposition marginale est écrite postérieurement au testament et si elle contient un legs, elle doit être datée, cela n'est pas douteux; elle ne peut pas emprunter la date du testament, puisqu'elle est postérieure à cette date; c'est un nouveau testament. Il en serait autrement si la disposition marginale ne contenait qu'une explication du testament; elle serait toujours censée faire partie de l'acte, quoique écrite postérieurement. On pourrait objecter qu'en réalité le renvoi est antidaté, ce qui semble contraire à l'article 970 et au principe que la cour de cassation en a déduit, que toute disposition doit être datée; or, il n'y a de date que si elle est sincère. On répond qu'il ne s'agit pas d'une disposition nouvelle, d'un legs, qu'il s'agit d'un simple renvoi explicatif (1). Nous préférerions la décision plus rigoureuse qui est consacrée implicitement par l'article 970 : la loi ne distingue pas entre les dispositions et les explications; tout ce qui se trouve dans le testament doit être daté, et la date du testament achevé ne peut pas s'appliquer à des dispositions écrites postérieurement (2).

Reste une difficulté. Comment savoir si une disposition marginale est écrite en même temps que le testament ou postérieurement. Dans l'espèce qui s'est présentée devant la cour de cassation, la rédaction postérieure résultait du testament même, de la teinte plus foncée de l'encre et de la forme plus hardie de l'écriture. Mais est-ce là une condition essentielle? doit-on appliquer à cette question l'adage *Ex testamento, non aliunde* (3)? Cela nous paraît

(1) Coin-Delisle, p. 344, n° 34 de l'article 970; Demolombe, t. XXI, p. 131, n°s 133-135.
(2) Rejet, 22 novembre 1870 (Dalloz, 1872, 1, 272).
(3) Besançon, 19 juillet 1861 (Dalloz, 1861, 2, 131). Rejet, 16 décembre 1861 (Dalloz, 1861, 1, 95). Demolombe, t. XXI, p. 133, n° 133.

douteux. L'adage suppose que le testament est daté, la date fait foi ; on ne peut soutenir qu'elle est inexacte qu'en se fondant sur une preuve tirée de l'acte même (n° 198). Nous supposons, au contraire, que la disposition marginale n'est pas datée, parce qu'elle a été écrite postérieurement ; dès lors il n'est pas question d'attaquer la date ; et quand on n'attaque pas la foi due à la date, l'adage n'est plus applicable, partant on rentre sous l'empire du droit commun.

216. Les dispositions écrites à la suite du testament, ce qu'on appelle vulgairement *post-scriptum*, doivent-elles être datées? Il faut appliquer, en général, les mêmes principes aux *post-scriptum* qu'aux dispositions marginales. Il y a cependant une différence. Dans notre opinion, la date ne peut être écrite après la signature (n° 211); donc une disposition écrite à la suite de la signature est sans date, à moins que par un lien certain, tel qu'un signe de renvoi, elle ne soit rattachée au corps du testament et que ce signe n'ait été mis au moment de la rédaction de l'acte; tandis qu'une disposition marginale, quoique sans renvoi et sans date, serait valable s'il était constant qu'elle a été écrite lors de la rédaction de l'acte; comme la date suit, elle peut s'appliquer à la disposition marginale aussi bien qu'au corps du testament. On n'en peut dire autant des *post-scriptum*. Pour qu'une disposition écrite après la date soit censée faire partie de l'acte, il faut qu'il soit prouvé qu'elle se rattache à l'acte et qu'elle fait corps avec lui. La difficulté est de savoir si le lien qui rattache le *post-scriptum* au corps de l'acte doit être matériel, ou s'il peut résulter de la nature de la disposition et d'un lien moral.

217. Il y a un cas dans lequel la question n'est pas douteuse. Si la disposition additionnelle contient de nouveaux legs, on ne peut pas dire qu'elle fasse partie du testament; il faut donc appliquer le principe formulé par la cour de cassation. Toute disposition testamentaire doit être datée ; donc il faut dater toute clause additionnelle par laquelle le testateur dispose d'une partie de ses biens ; elle ne peut emprunter la date du testament, puis-

que la disposition nouvelle ne fait pas partie du testament. La cour de Lyon l'a décidé ainsi dans une espèce où la testatrice, après avoir achevé son testament, avait ajouté deux dispositions nouvelles datées et signées; puis il y en avait une troisième qui était signée mais non datée. La cour en conclut qu'il y avait plusieurs testaments ou codicilles, tous parfaitement distincts et séparés matériellement aussi bien que moralement les uns des autres, bien qu'écrits successivement sur une même feuille de papier; donc tous devaient être datés ; l'un de ces codicilles n'étant pas daté était par cela même frappé de nullité. Vainement le légataire invoquait-il l'intention du testateur. Il n'y a d'intention, en matière de testament, que celle qui est manifestée dans les formes légales; il faut donc que l'expression de la volonté soit datée, de même qu'elle doit être écrite et signée de la main du testateur (1).

218. Une clause révocatoire peut-elle être ajoutée après la signature? Il y a sur cette question deux arrêts qui paraissent contraires. La cour d'Aix a jugé que la révocation écrite au bas du testament, ne portant aucune date et ne participant pas à la date du testament, était nulle, puisqu'elle n'était pas faite dans un acte ayant les caractères d'un testament valable. Pourvoi en cassation. On invoque les principes consacrés par la jurisprudence sur la validité des clauses additionnelles. La cour de cassation rejeta le pourvoi et décida que les clauses additionnelles ne sont maintenues, quand elles ne sont pas datées, que lorsqu'elles ont une corrélation évidente avec le testament, qu'elles se rattachent à la disposition principale par un lien intellectuel et moral, qu'elles en sont l'explication ou le complément nécessaire. Dans l'espèce, la révocation, bien loin de se rattacher au testament, l'annulait; or, pour cela il fallait que la volonté de révoquer fût manifestée par un acte écrit, daté et signé du défunt; le défaut de date en entraînait la nullité (2).

La cour de Bordeaux a validé une clause révocatoire

(1) Lyon, 11 décembre 1860 (Dalloz, 1861, 2, 62).
(2) Rejet, 10 janvier 1865 (Dalloz, 1865, 1, 185).

signée, mais non datée. Dans l'espèce, le testateur chargeait son légataire universel de payer des rentes viagères de 4,000 et de 2,000 francs à deux personnes au profit desquelles il avait fait un premier testament. Il pouvait y avoir doute sur le point de savoir si le second testament révoquait le premier; c'est pour lever ce doute que le testateur ajouta une clause révocatoire; la clause se liait donc au testament, elle avait pour but de l'expliquer en déclarant que la volonté du testateur, qui faisait de nouvelles libéralités au profit des légataires gratifiés dans un testament antérieur, était de révoquer les premières. La liaison entre le testament et la clause révocatoire étant évidente, celle-ci devait être considérée comme partie du testament, qu'elle avait pour objet d'éclaircir et d'expliquer (1). On voit que les deux arrêts, loin d'être contradictoires, appliquent un seul et même principe, mais ils l'appliquent selon la diversité des espèces.

219. Il nous reste quelque doute sur le principe même. Nous l'admettons pour les clauses marginales qui sont suivies de la date, celle-ci se rapportant nécessairement à tout ce qui la précède. Quand la clause additionnelle suit la date mise à un testament achevé, peut-on la considérer comme étant datée par cela seul qu'elle se lie moralement au testament? Nous préférerions l'application rigoureuse du principe consacré par la cour de cassation, que toute disposition testamentaire doit être datée.

220. Il arrive parfois qu'un testament contenant plusieurs dispositions contient aussi plusieurs dates. De là résulte quelque incertitude. Le testament peut être daté au commencement du 22 et à la fin du 24 sans que la date, comme on l'a prétendu, soit incertaine; en effet, le testateur, dit la cour de cassation, peut employer plusieurs jours à faire son testament, aucune loi n'exigeant qu'il le fasse d'un seul contexte (2).

Un testament peut être fait en plusieurs feuilles et à des jours différents. On a soutenu que, dans ce cas, la

(1) Bordeaux, 23 janvier 1871 (Dalloz, 1871, 2, 199).
(2) Rejet, 8 juillet 1823 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 2665, 1°), et Rejet, 29 mai 1832 (*ibid.*, n° 2665, 2°).

date qui se trouve sur la troisième feuille ne s'applique pas à la première. La cour de cassation a jugé que le testament ne faisant qu'un tout, la date mise à la fin se rapporte naturellement à toutes les parties de l'acte. Dans l'espèce, il y avait sur les deux premières feuilles deux dates différentes; de là, en fait, quelque incertitude; il fut décidé que ces dates étaient en dehors du testament et n'appartenaient pas à son contexte; il fallait donc les écarter, et alors restait une date unique à la fin de l'acte (1).

On voit que ces difficultés sont de fait plutôt que de droit. Les débats qui roulent sur des faits ont souvent plus de retentissement que ceux qui ont pour objet des questions de droit. Par contre, ils ont peu d'intérêt au point de vue des principes. Voilà pourquoi nous laissons de côté l'affaire Majainville, qui compte parmi les causes célèbres. On peut la lire dans tous les auteurs (2). Les circonstances variant d'un procès à l'autre, l'interprète ne peut tirer aucun profit de ces décisions.

III. *La signature.*

221. Le testament doit être signé; il n'y a pas d'acte sans signature; dans les actes solennels surtout, la signature est de rigueur pour certifier tout ce qui la précède. Ce qui suit la signature est en dehors de l'acte et ne fait plus foi comme testament. La cour de Grenoble a appliqué ce principe aux testaments qui se font par lettres. On prétendait qu'ils empruntaient les allures plus libres de la forme épistolaire, et l'on en concluait que les *post-scriptum* étaient valables, quoique non signés. C'était très-mal raisonner. Si la lettre vaut testament, la lettre devient un acte, et est par conséquent assujettie aux formes rigoureuses des actes solennels. Dans l'espèce, c'était précisément le *post-scriptum* que l'on soutenait être le testament, bien qu'il ne fût pas signé. La cour répond, ce qui

(1) Rejet, 3 décembre 1850 (Dalloz, 1851, 1, 46)
(2) Voyez les sources dans Dalloz, n° 2668.

est évident, qu'il n'y a pas de testament sans signature et que la signature attestant que ce que le testateur a écrit est l'expression de sa dernière volonté, doit être mise au bas du testament ; or, aucune loi n'affranchit de cette formalité essentielle les testaments faits par lettres missives dans les *post-scriptum* de ces lettres ; la règle générale doit donc recevoir son application (1).

222. Qu'est-ce que la signature? Il y a des controverses sans fin sur cette question qui paraît d'une simplicité extrême. Si l'on consultait le bon sens, il répondrait sans hésiter que par signature on entend le nom de celui qui doit signer ; et quel est ce nom? C'est l'acte de naissance qui le fait connaître. Les lois sont en harmonie avec le bon sens. L'acte de naissance indique aussi les prénoms qui sont donnés à l'enfant (art. 57) ; les prénoms font partie de la signature usuelle, et ils sont nécessaires dans les actes, afin que l'on puisse distinguer les divers membres d'une même famille qui tous portent le même nom. Le code civil ne définit pas la signature, mais il y a des actes législatifs antérieurs qui concordent tous avec l'usage. Comme les gentilshommes, par vanité, avaient l'habitude de signer du nom de leurs seigneuries, l'ordonnance de 1629 (art. 211) leur enjoignit de signer du nom de leurs familles en tous actes et contrats qu'ils feraient, à peine de nullité. Donc c'est le nom de famille qui constitue la signature aux yeux de la loi. La révolution avait des raisons politiques pour renouveler la défense qui était restée un vain mot sous l'ancien régime, sauf dans le ressort des parlements qui avaient enregistré l'ordonnance du chancelier Marillac ; une loi du 23 juin 1790 ordonne qu'aucun citoyen ne pourra prendre que le vrai nom de sa famille. La loi du 16 fructidor an II renouvela les défenses, et la loi du 11 germinal an XI interdit à toute personne de changer de nom sans l'autorisation du gouvernement. Il n'y a donc qu'un nom légal qui distingue les citoyens, celui qui appartient à leur famille et qui est énoncé à l'acte de naissance. On objecte que le

(1) Grenoble, 22 février 1865 (Dalloz, 1866, 2, 22).

code ne définit pas la signature et n'annule pas les testaments dans le cas où elle ne serait pas conforme aux énonciations de l'acte de naissance. Nous répondons avec Toullier que la loi prescrit, sous peine de nullité, que le testateur signe son testament et qu'il n'y a qu'une signature légale, celle du nom de famille et des prénoms, tels qu'ils se trouvent indiqués dans l'acte de naissance (1). Troplong qualifie cette opinion de frivole, et la rigueur qu'elle consacre d'inepte. Voyons à quoi conduit l'opinion contraire.

Si la signature n'est pas le nom légal du testateur, qu'est-ce donc? C'est, dit Marcadé, le mode de signer, quel qu'il soit, que la personne avait l'habitude d'employer. Troplong répond d'une manière plus vague encore que c'est le nom qui faisait connaître une personne de son vivant. De sorte qu'un surnom ou un sobriquet va devenir un nom légal; que dis-je? il dépendra de chaque personne, malgré le texte formel des lois que nous venons de citer, de prendre un nom de fantaisie, et ce nom l'emportera sur le nom légal dans les actes les plus importants de la vie. Reste à savoir comment on constatera ces noms extra-légaux. Sur ce point déjà les auteurs sont en désaccord. Ceux qui tiennent à quelque exactitude exigent que le testateur signe comme il avait l'habitude de signer ses actes civils. Cela suppose qu'il a signé des actes; et s'il n'en a signé aucun? Dalloz a raison de s'effrayer de cet arbitraire sans bornes (2).

223. Ce qui a donné cours à l'opinion que nous combattons, c'est la signature que les évêques mettent aux actes de leur ministère ecclésiastique. Il a été jugé qu'un testament ainsi signé : « † J. J., évêque de Bayonne, » était valable, parce que telle est la signature que les évêques emploient habituellement aux actes qu'ils souscrivent (3). Nous comprenons la décision sous l'empire

(1) Toullier, t. III, 1, p. 208, n° 373. En sens contraire, Coin-Delisle, p. 347, n° 40 de l'article 970; Demolombe, t. XXI, p. 101, n° 103.
(2) Marcadé, t. IV, p. 10, n° IV de l'article 970. Troplong, t. II, p. 24, n° 1495. Comparez Dalloz, n°s 2723 et suiv.
(3) Rejet, 23 mars 1824 (Dalloz, n° 2724).

d'une charte qui déclare que la religion catholique est la religion de l'Etat; quand un évêque, ministre du culte, signe les actes officiels d'une croix, de ses initiales et du nom de son siége, il est difficile de ne pas admettre la validité de cette signature au bas d'un testament. Nous ne comprendrions pas cette décision sous notre régime, où il n'y a plus d'évêques aux yeux de la loi. Libre à eux de signer comme ils veulent les actes de leur ministère religieux; mais quand ils signent un acte civil, ils ne sont plus évêques, et il ne leur est pas permis d'y prendre un autre nom que celui que leur donnent les actes inscrits sur les registres de l'état civil.

Si les évêques peuvent signer d'une croix en y ajoutant les initiales de leurs prénoms et le nom de leur siége, il faut permettre aussi aux particuliers de signer de cette manière. Et pourquoi ne s'y prendraient-ils pas d'une manière plus simple encore? Des personnes signent leurs lettres des initiales de leurs nom et prénoms; pourquoi ne signeraient-elles pas de la même manière leur testament? Il y a des auteurs qui vont jusque-là; d'autres reculent, tout en avouant que c'est une déduction logique du principe qu'ils admettent. Si le principe est juste, pourquoi en répudier les conséquences? Et si l'on s'effraye des conséquences, ne serait-ce pas une preuve que le principe même est faux (1)?

224. Quand on s'écarte de la rigueur de la loi, les inconséquences et les contradictions sont inévitables. Bien des personnes ont l'usage d'ajouter à leur nom quelques traits de plume que l'on appelle parafe; cela distingue et caractérise leur signature. Faut-il que le testateur ajoute le parafe habituel à son nom? Si l'on s'en tenait au principe que la signature habituelle est la signature que la loi exige, il faudrait répondre affirmativement et annuler par conséquent une signature régulière comprenant les nom et prénoms, lorsque le testateur n'y a pas mis son parafe. Cela ne serait pas aussi futile et aussi inepte qu'on

(1) Comparez Duranton, t. IX, p. 47, n° 40, et Demolombe, t. XXI, p. 105, n° 109 et les auteurs qu'ils citent. Il y a un arrêt en ce sens de la cour de Nancy, 1er mars 1831 (Dalloz, n° 3010).

le dit. Voilà un homme qui n'oublie jamais son parafe, et il l'omet dans l'acte le plus grave de sa vie; ne serait-ce pas parce qu'il ne veut point tester? L'objection est certainement sérieuse. Toutefois l'on s'accorde à enseigner et à juger que l'absence du parafe ne vicie pas la signature (1). Que deviennent les principes au milieu de cet arbitraire?

225. Comment les femmes mariées doivent-elles signer? En se mariant elles ne perdent pas le nom de leur famille; régulièrement donc c'est celui-là qu'elles devraient signer en testant. Toutefois il a été jugé, et cette fois-ci la décision est au moins logique, que la signature d'une femme portant son prénom et le nom de son mari était suffisante, la testatrice étant dans l'usage de signer ainsi (2). N'admettant pas le principe, nous n'admettons pas la conséquence. Il y a une raison spéciale pour la femme mariée qui teste de conserver son nom de famille. Pourquoi la loi lui permet-elle de tester sans l'autorisation de son mari? C'est parce que le testament n'a d'effet qu'à sa mort, lorsqu'il n'y a plus de puissance maritale. S'il n'y a plus de puissance maritale, il n'y a plus de femme mariée; ce n'est donc pas comme femme mariée qu'elle teste, donc le testament doit porter son nom de famille.

226. La signature peut être irrégulière : il y a erreur dans les prénoms, ou le nom est mal orthographié, ou la signature est illisible, en ce sens que l'on n'y distingue pas les lettres qui forment le nom. Sera-ce, dans tous les cas, une cause de nullité? Si l'on admet le principe que nous avons cru devoir combattre, il n'y a plus de question de droit. La cour de Paris a déclaré valable une signature qui n'avait rien de commun avec le nom du testateur; celui-ci s'appelait *Michallet*, et il avait signé *Saint-Ange;* le testament fut validé, parce que le défunt était connu depuis longtemps sous le nom de *Saint-Ange*, qu'il signait ordinairement (3). Par la même raison, la cour de Riom

(1) Demolombe, t. XXI, p. 107, nº 113. Aix, 27 janvier 1846 (Dalloz, 1846, 2, 130); Bruxelles, 15 juin 1863 (*Pasicrisie*, 1863, 2, 333). Comparez Dalloz, nº 2728.
(2) Rennes, 11 février 1830 (Dalloz, nº 2603, 2º).
(3) Paris, 7 avril 1848 (Dalloz, 1848, 2, 90).

a déclaré valable la signature d'une testatrice dont le prénom était *Anne* et qui avait signé *Marie,* la défunte étant dans l'usage de signer ainsi (1). Quant aux noms mal orthographiés ou illisibles, la question est de pur fait. L'ignorance est encore telle, même dans les classes aisées et riches, que peu de personnes sont en état d'écrire quelques lignes sans faute. Si les fautes dans le corps de l'acte ne nuisent pas, pourquoi nuiraient-elles dans la signature? Il suffit qu'il soit certain que le nom est celui du testateur. Dans les écrits des hommes lettrés, mais très-affairés, il y a un autre défaut, c'est que leur signature consiste dans des traits sans forme et sans signification. Les annulera-t-on? Non, certes; s'il est constant que telle est la signature du défunt, elle sera valable (2).

227. Où la signature doit-elle être mise? Tout le monde est d'accord que la place de la signature est indiquée par la nature des choses; elle est la marque de l'accomplissement de la volonté du testateur, c'est l'approbation dernière qu'il donne à l'acte; il est donc nécessaire que toutes les dispositions du testament soient terminées par la signature (3). Le principe est certain, mais l'application n'est point sans difficulté.

Une testatrice dit à la fin de son testament : « Telles sont mes intentions et dernières volontés. Fait et écrit en entier, après mûres réflexions, par moi Pauline d'Espinose, veuve Guyot, qui ai signé après lecture et méditation. Fait au Croisy, le 20 janvier 1806, et (au-dessous), deux mots rayés nuls. » Est-ce là une signature? Pour qu'il y ait signature, il faut que le nom se détache du corps de l'acte; s'il se trouve au milieu d'une phrase, on ne peut pas dire que le testament soit signé. Toutefois, dans l'espèce, le testament a été validé, parce que les mots qui suivaient le nom de la testatrice se trouvaient inutiles; l'acte était daté au commencement et tout le reste était surabondant. La décision est équitable, mais est-elle juridique? Le

(1) Riom, 4 décembre 1809 (Dalloz, n° 2721).
(2) Voyez les témoignages dans Demolombe, t. XXI, p. 105, n° 110 et p. 107, n° 111.
(3) Toullier, t. III, 1, p. 209, n° 375.

nom qui fait corps avec une phrase n'est pas une signature, et la mention que la testatrice a signé ne remplace pas la signature réelle (1).

La cour de Liége l'a jugé ainsi dans une espèce analogue; le testament se terminait comme suit : « Fait et signé par moi, Michel-François Falla, de la commune de Loncin, canton de Hollogne, ce 20 décembre 1809. » On ne peut pas, dit la cour, considérer comme signature les nom et prénoms du testateur, parce qu'ils se trouvent au milieu d'une phrase qu'ils rendent complète et qui sans eux n'aurait plus aucune signification; ce n'est pas une signature, c'est le complément d'une proposition. La phrase où se trouvent les noms du testateur ne contient qu'une déclaration énonciative de l'intention où était le défunt de signer, ce qui ne peut suppléer à une signature effective. De sorte que, dépourvu de signature, le testament restait à l'état de projet (2). La décision est juridique, mais nous doutons que telle fût la volonté du testateur. Tout ce que l'on peut dire, c'est que l'intention n'était pas légalement manifestée.

Les auteurs se partagent : les uns critiquent la décision de la cour de Liége, les autres l'approuvent. Merlin distingue, pour concilier les deux arrêts. Si les expressions qui suivent la signature placée au milieu d'une phrase ne sont pas essentielles à la validité du testament, ni dispositives, la signature est valable; elle est nulle, au contraire, si c'est la date qui suit la signature, car la date doit la précéder, ou si ce sont des dispositions. M. Demolombe approuve la distinction, il en ajoute de nouvelles, et il finit par dire que c'est une question de fait. Non, la signature n'est pas une question de fait. Considérerait-on comme signature les nom et prénoms du testateur placés en tête de l'acte? Non, certes. Il en serait de même de la signature qui se trouverait au milieu de l'acte. Donc il faut que la signature se détache de l'acte,

(1) Rejet, 20 avril 1813 (Dalloz, n° 2729). Comparez Bruxelles, 15 juin 1863 (*Pasicrisie*, 1863, 2, 333).

(2) Liége, 22 février 1812 (Dalloz, n° 2730).

en ce sens du moins qu'elle ne soit pas le complément d'une phrase (1).

228. Si le testament contient plusieurs dispositions distinctes, chacune doit-elle être signée? En principe, le testament forme un seul tout, alors même que le testateur fait différents legs au profit de divers légataires. Donc une seule signature suffit. Il en serait autrement si, après avoir écrit, daté et signé son testament, le testateur ajoutait de nouvelles dispositions ; ce serait alors un nouveau testament, et la signature aussi bien que la date seraient de rigueur. On doit appliquer par analogie à la signature ce que nous avons dit de la date, les deux éléments se confondant d'habitude, en ce sens que le testateur signe en même temps qu'il date (n° 212).

La même question se présente lorsque le testateur a écrit ses dispositions sur plusieurs feuilles; cela n'empêche pas l'unité du testament, il suffit donc que la signature se trouve sur la dernière feuille. Il en serait autrement si les diverses feuilles contenaient des testaments différents ; cette hypothèse rentrerait dans celle que nous venons de rappeler (2).

Les *post-scriptum* et les dispositions marginales doivent-elles être signées? Non, si elles se confondent avec l'acte; oui, si elles sont indépendantes de l'acte. C'est la distinction que l'on fait pour la date. Nous avons fait quelques réserves ; nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut (n°s 213-216).

N° 2. LA FORCE PROBANTE DU TESTAMENT OLOGRAPHE.

229. Toutes les questions qui concernent la preuve sont d'une difficulté extrême. Le code a traité cette matière au titre des *Obligations ;* peut-on appliquer aux testaments les principes qu'il y pose? Il y en a que l'on ap-

(1) Coin-Delisle, p. 348, n° 42 de l'article 970. Troplong, t. II, p. 24, n° 1494. Comparez, en sens contraire, Aubry et Rau, t. V, p. 499, et note 23; Demolombe, t. XXI, p. 109, n° 114, et les autorités qu'ils citent.

(2) Rejet, 29 juin 1832 et 21 juin 1842 (Dalloz, nos 2733, 2° et 2649). Bruxelles, 20 mai 1829 (*Pasicrisie*, 1829, p. 182, et Dalloz, n° 2735).

plique, il y en a que l'on n'applique pas. Les règles qui déterminent les preuves sont, de leur nature, générales; la conviction du juge ne se forme pas d'une manière différente selon qu'il s'agit de contrats ou de droits réels, de testaments ou de successions. Il faut donc poser comme règles d'interprétation que la force probante des testaments olographes est régie par les principes que le code établit au titre des *Obligations*. Quels sont ces principes? La réponse dépend du point de savoir si le testament olographe est un acte authentique ou un acte sous seing privé. Le texte du code décide la question. Qu'est-ce qu'un acte authentique? « C'est celui, dit l'article 1317, qui a été reçu par *officiers publics* ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé et avec les solennités requises. » Donc le testament olographe dans lequel n'intervient aucun officier public n'est pas un acte authentique, partant c'est un acte sous seing privé. L'article 999 le dit en toutes lettres. « Un Français qui se trouvera en pays étranger pourra faire ses dispositions testamentaires par *acte sous signature privée, ainsi qu'il est prescrit en l'article* 970. » La loi elle-même qualifie donc le testament olographe d'acte sous signature privée.

Ce que la loi décide ne saurait être contesté. Il faut donc admettre comme un point hors de doute que le testament olographe est un acte sous seing privé. Mais il règne tant d'erreurs en cette matière que nous devons insister sur les notions les plus élémentaires, afin d'opposer des principes clairs et précis aux idées vagues et fausses. « Le testament olographe, dit Troplong, est tout aussi solennel que le testament authentique, en ce sens qu'il porte avec lui la preuve de ce qu'il contient (1). » Si l'on prenait cette proposition dans son sens naturel, il faudrait dire du testament olographe ce que l'article 1319 dit de l'acte authentique, qu'il fait pleine foi. Tout ce que Troplong ajoute a cette signification, ou il faut dire que ce ne sont que des mots. « Le testament olographe est une véritable loi qui commande à l'avenir. » Est-ce que la loi

(1) Troplong, t. II, p. 23 et 25, nos 1492 et 1498.

n'est pas un acte authentique par excellence? « Le testateur, dit l'auteur français, est placé, *en quelque sorte*, à la hauteur d'un *officier public* qui imprime la *certitude* à l'acte dont il est le *ministre*. » Voilà une de ces phrases sonores qui, lorsqu'on les analyse, ne présentent aucun sens. Est-ce qu'il y a deux catégories d'officiers publics? Y a-t-il des officiers publics réels et des *officiers publics en quelque sorte?* Comment un simple particulier, sachant à peine tracer quelques lettres, serait-il un officier public, le ministre de la loi? Que veut-on dire, en disant que le testateur imprime la certitude à l'acte qu'il écrit? Que le testament olographe est un acte authentique? Troplong n'ose pas l'affirmer : il dit que ce testament vaut comme acte *public* et *solennel*. Un acte *public!* Qu'est-ce qu'un acte *public?* Le code dit que le testament reçu par un notaire est un testament *par acte public*. Est-ce en ce sens que Troplong appelle le testament olographe un acte public? Ce serait dire que le testament olographe est un acte authentique; or, Troplong dit formellement que l'écriture n'en est pas moins privée; il cite l'article 999, qui est plus net, puisqu'il appelle le testament olographe *un acte sous signature privée*. Quelle est la conclusion? Que le testament olographe est un acte solennel? D'accord. Mais qu'est-ce que la *solennité* a de commun avec la *force probante* de l'acte? C'est confondre deux ordres d'idées et de principes tout à fait distincts. On dit qu'un acte est *solennel* quand la loi prescrit des formes pour l'existence de cet acte; donc les *formes solennelles* sont étrangères à la *preuve* qui résulte de l'acte. Le testament est un acte solennel, ainsi que la donation, en ce sens qu'il n'y a de testament et de donation que lorsque les formes prescrites par la loi ont été observées. Si elles ne l'ont pas été, l'acte n'existe pas aux yeux de la loi, c'est le néant. Si elles l'ont été, l'acte existera. Quelle sera sa force probante? Ceci est un autre ordre d'idées. La force probante d'un acte dépend du point de savoir s'il a été reçu par un officier public, ou s'il est l'œuvre d'un particulier. La donation doit être reçue par un officier public, c'est un acte authentique; cet acte fait pleine foi, dit l'ar-

ticle 1319, c'est-à-dire qu'il fait foi jusqu'à inscription de faux des faits que l'officier public constate dans les limites de sa mission. En sera-t-il de même du testament olographe qui est aussi un acte solennel? Non, certes, et personne n'oserait le soutenir; quoique solennel, c'est un acte sous seing privé, donc il ne fait pas foi par lui-même, aucun officier public n'y intervenant pour attester ce que le testateur écrit. Dire que le testament olographe est un acte solennel, pour en conclure qu'il a une certaine force probante, c'est donc mêler et confondre deux choses essentiellement diverses : la solennité, qui tient à la substance de l'acte, et la preuve, qui résulte de l'acte. Si nous insistons sur des notions aussi élémentaires, c'est que la confusion que nous reprochons à Troplong se trouve aussi dans la jurisprudence et jusque dans les arrêts de la cour de cassation (1). Cette confusion, comme toute inexactitude de pensée et de langage, a des conséquences funestes que nous allons rencontrer en entrant dans les détails de cette matière difficile. Si elle est devenue difficile, la faute en est à la jurisprudence de la cour de cassation, qui méconnaît les principes les plus certains et qui s'obstine à les méconnaître, malgré la démonstration mathématique que les auteurs ont faite de ses erreurs.

230. Le testament olographe est déposé chez un notaire, qui dresse acte du dépôt. Quel sera l'effet de ce dépôt sur la force probante du testament? Nous supposons qu'en le déposant le testateur reconnaît qu'il est entièrement écrit de sa main. On en conclut que l'écriture est reconnue et qu'il n'y a plus lieu à vérification. Ici il y a une nouvelle confusion d'idées (2). On confond d'abord l'acte de dépôt avec l'acte de reconnaissance, et on confond la reconnaissance faite par le testateur avec la reconnaissance de l'écriture que ferait un héritier à qui le légataire oppose le testament. L'acte de dépôt, comme le mot l'indique, a pour objet unique de déposer un écrit entre les mains d'un notaire chargé de le conserver ; l'acte

(1) Rejet, 23 avril 1838 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 2736, 1°).
(2) Troplong, n° 1499. Comparez Duranton, t. IX, p. 62, n° 45 ; Coin-Delisle, p. 457, n° 3 de l'article 1008 ; Grenier, n° 292.

reste ce qu'il est, rien n'est changé à sa nature ni à sa force probante. Qu'importe que le testateur déclare avoir écrit l'acte en entier et que le notaire dresse acte de cette déclaration? Tout ce que cela prouve, c'est le fait matériel que telle déclaration a été faite par-devant notaire, lequel en a dressé acte. Cela prouve-t-il aussi que réellelement le testateur a écrit l'acte? Non, certes, le notaire n'atteste pas que celui qui lui présente l'acte l'a réellement écrit, et il ne peut pas l'attester, car il ne l'a pas vu écrire; le notaire atteste seulement la déclaration qui lui a été faite; or, cette déclaration peut ne pas être vraie, elle ne saurait donc rien changer à la nature de l'acte ni à sa force probante. C'est une étrange erreur que de confondre cette reconnaissance avec celle dont il est traité au titre des *Obligations*. Le légataire oppose le testament olographe à l'héritier légitime; celui-ci reconnaît que le testament est écrit, daté et signé de la main du défunt. Voilà la reconnaissance qui imprime à un acte sous seing privé la même force probante qu'à l'acte authentique (article 1322). Il y a une différence du tout au tout entre une déclaration dont rien n'atteste la vérité et la reconnaissance de l'écriture par la partie intéressée à la méconnaître. Celle-ci fait foi, comme tout aveu; celle-là ne prouve qu'une chose, c'est le fait matériel que la déclaration a été reçue par un notaire (1).

Il y a une autre reconnaissance. La loi hypothécaire belge, en prescrivant la transcription des actes translatifs de droits réels immobiliers, dispose que l'on n'admettra à la transcription que les actes authentiques, et elle assimile aux actes authentiques les actes sous seing privé *reconnus* en justice ou *devant notaire*. Qu'est-ce que cette *reconnaissance?* Ce n'est pas une simple déclaration que l'acte émane de celui qui le reconnaît; l'auteur de l'acte remet l'écrit au notaire, lequel le transcrit dans l'acte qu'il dresse en constatant que l'écrit est reconnu par le comparant. Cet écrit équivaut donc à un acte notarié, il devient authentique (art. 2). L'article 76 contient une dis-

(1) Demolombe, t. XXI, p. 146, n° 143.

position analogue pour l'hypothèque conventionnelle; il porte que cette hypothèque ne peut être consentie que par acte authentique ou par *acte sous seing privé, reconnu* en justice ou *devant notaire*. Il ne peut pas s'agir dans l'article 76 d'un simple acte de dépôt avec reconnaissance d'écriture, car l'hypothèque est un contrat solennel qui exige un acte authentique pour son existence même; il faut donc que l'acte sous seing privé soit transformé en acte authentique, ce qui ne peut se faire que si les dispositions de l'acte sous seing privé sont relatées dans l'acte de reconnaissance. Le testament olographe peut-il être reconnu en cette forme? Non, car le testament olographe ne peut jamais devenir un testament authentique, puisque les solennités des deux testaments diffèrent essentiellement. Est-ce que la reconnaissance équivaudrait du moins à une reconnaissance d'écriture que ferait l'héritier? La question est assez oiseuse, car elle est de pure théorie. Nous nous bornons à constater que dans l'ancien droit on admettait la reconnaissance d'un testament olographe faite en justice ou par-devant notaire. Furgole dit que, dans ce cas, le testament devient une écriture publique(1). Nous doutons que cela puisse se faire sous l'empire du code civil; ce serait une quatrième espèce de testament; or, l'article 893 dit que l'on ne peut disposer de ses biens à cause de mort que dans les formes *ci-après établies*, ce qui exclut un testament écrit par le testateur et reconnu devant notaire, avec l'effet que ce testament deviendrait une écriture publique, c'est-à-dire authentique.

231. Il a été jugé que le dépôt fait après la mort du testateur entre les mains d'un notaire, par ordonnance du juge, imprime l'authenticité à l'acte; d'où la cour a conclu qu'il ne pouvait être attaqué que par l'inscription en faux (2). Nous ne mentionnons cette décision que pour montrer jusqu'où va l'incertitude de la jurisprudence en cette matière; et s'il y a incertitude, il faut s'en prendre

(1) Furgole, chap. II, sect. VI, n° 1. Pothier, *Introduction au titre XVI de la coutume d'Orléans*, n° 10. Comparez Dalloz, n° 2738.

(2) Turin, 10 janvier 1829 (Dalloz, n° 2741). Demolombe, t. XXI, p. 147, n° 144.

aux interprètes. Comment une cour d'appel a-t-elle pu décider qu'un simple dépôt ordonné par le juge, sans connaissance de cause, sans débat contradictoire, a la puissance de transformer un acte sous seing privé en acte authentique? Cela ne se conçoit que par l'influence du préjugé qui considère le testament olographe comme n'étant pas un acte sous seing privé. Nous croyons inutile de démontrer l'erreur de la cour de Turin, elle est palpable.

232. Au titre des *Obligations*, la loi établit des règles sur la force probante des actes sous seing privé; ils ne font aucune foi par eux-mêmes; c'est seulement quand ils sont reconnus ou vérifiés en justice qu'ils ont la même foi que l'acte authentique. C'est donc la reconnaissance ou la vérification qui leur donne force probante; tant qu'ils ne sont ni reconnus ni vérifiés, ils ne font aucune foi. Il suffit que celui à qui on oppose un écrit sous seing privé le désavoue, ou si c'est son héritier, qu'il déclare ne pas connaître l'écriture de son auteur; en ce cas, la partie qui veut s'en prévaloir doit en demander la vérification en justice; preuve que l'acte par lui-même n'a aucune force probante. C'est la raison pour laquelle la partie à qui on l'oppose n'est pas tenue de le combattre. Celui qui veut se prévaloir de l'acte doit faire la preuve; il est le demandeur, à lui il incombe de prouver le fondement de sa demande; le défendeur n'a rien à prouver (art. 1322-1324).

Ces règles s'appliquent-elles au testament olographe? On a essayé de les écarter par une fin de non-recevoir, en soutenant que les articles 1322-1324, placés au titre des *Obligations conventionnelles*, sont étrangères à la matière des testaments. Cette opinion extrême n'a pas trouvé faveur. Bien que la cour de cassation n'applique pas les principes tels que nous venons de les rappeler, elle ne nie pas que l'écriture des testaments olographes doive être vérifiée; seulement elle met la vérification à la charge des héritiers légitimes; tandis que, d'après les principes, elle devrait se faire par le légataire qui se prévaut du testament. La cour admet donc que le testament olographe est sujet à vérification, comme tous les actes sous seing privé,

et cela ne peut guère être contesté. Il est vrai que le texte des articles 1322-1324 suppose un débiteur et un créancier; il suppose que l'écrit sous seing privé est opposé par le créancier au débiteur; et il est certain que le testateur qui a écrit l'acte n'est pas un débiteur et que le légataire n'est jamais dans le cas d'opposer le testament au testateur. Rédigée pour des conventions, la loi suppose qu'il y a en présence un créancier et un débiteur ou leurs héritiers. En conclura-t-on que les articles 1322-1324 sont inapplicables quand le débat n'existe pas entre un créancier et un débiteur? Ce serait très-mal raisonner. La question de savoir quelle est la force probante des écrits destinés à constater des faits juridiques se présente en bien d'autres matières qu'en celle des obligations conventionnelles; il faut des règles pour la décider. Où puisera-t-on ces règles? Il n'y en a d'autres que celles que le législateur a tracées au titre des *Obligations;* il faut donc les appliquer par analogie; là où il y a identité de motifs, il doit y avoir même décision. Ainsi la difficulté se réduit à savoir si les motifs pour lesquels les écrits sous seing privé ne font pas foi s'appliquent aux testaments. La réponse est simple et péremptoire. L'acte sous seing privé ne fait pas foi, parce que, par sa nature même, il ne peut avoir aucune force probante; les articles 1322-1324 ne font que formuler des principes qui découlent de la nature de la preuve. Celui qui allègue un acte sous seing privé, quel qu'il soit, prouve-t-il quelque chose? Oui, si cet écrit émane de celui à qui il l'attribue; non, s'il n'émane pas de lui. Or, l'écrit prouve-t-il par lui-même de qui il émane? Non, car rien n'atteste que l'écrit soit l'œuvre de celui à qui on l'attribue. Il faut donc prouver qu'il est son œuvre. Comment cette preuve se fera-t-elle? On ne conçoit pas d'autres preuves que celles que le code établit, la reconnaissance de celui à qui on oppose l'acte, et, à défaut d'aveu, la vérification en justice. Les règles des articles 1322-1324 existent donc indépendamment de la sanction que le législateur leur a donnée; on les aurait appliquées quand même elles n'auraient pas été écrites dans la loi. Cela ne fait pas de doute. Reste à sa-

voir si le législateur a dérogé à ces règles en matière de testaments.

Tout le monde est d'accord sur le principe; le testament olographe par lui-même, non reconnu ni vérifié, n'est pas un acte authentique; donc il ne fait pas foi jusqu'à inscription de faux. Partant on peut, sans s'inscrire en faux, soutenir qu'il n'est pas l'œuvre du testateur. On ne peut pas prétendre que, le testament faisant foi par lui-même, celui qui le produit n'a rien à prouver, rien à vérifier. Quand on fait abstraction des circonstances qui viennent compliquer le débat, la question n'est pas douteuse. Le testament olographe est l'œuvre d'un particulier, c'est un acte sous signature privée, dit l'article 999, donc par lui-même il ne fait pas foi. De là suit que le légataire ne peut pas dire que le testament qu'il produit le dispense de toute autre preuve; car, en réalité, il ne prouve rien. Si le testament était authentique, le légataire aurait raison de dire qu'il n'a rien à prouver, puisque l'acte authêntique porte sa foi en lui-même; tandis que le testament olographe, étant un acte sous seing privé, ne fait aucune foi jusqu'à ce qu'il ait été reconnu ou vérifié. Il y a donc lieu à vérification de la part de celui qui allègue l'acte; il n'y a pas lieu à inscription en faux de la part de celui qui le conteste. Cela est aussi fondé en raison. Celui qui produit un acte sous seing privé fait une simple allégation, c'est à lui d'en prouver le fondement. A plus forte raison en est-il ainsi quand il s'agit d'un testament. Le testament est une dérogation à la succession légitime; l'héritier naturel a pour lui le sang qui coule dans ses veines, c'est-à-dire la loi de la nature, ou, comme disait Domat, la loi de Dieu; pour l'écarter, il faut une volonté bien positive du défunt; et qu'est-ce qu'on produit? Un écrit sous seing privé, simple allégation qui tombe devant la dénégation de l'héritier disant qu'il ne reconnaît pas l'écriture qu'on lui oppose. Est-ce qu'on donnera à une simple allégation, contredite et par cela même détruite, le pouvoir de défaire l'œuvre de la nature qui est celle de Dieu? Quand on descend des hauteurs de la théorie dans les relations réelles de la vie, on aboutit à la même con-

clusion. Le testament que le légataire produit ne peut-il pas être faux? Et ne suffit-il pas qu'il y ait danger de faux pour qu'on dénie toute force probante à un acte qui peut être si facilement fabriqué? Est-il nécessaire d'ajouter que le faux dans les actes authentiques est bien plus difficile? Toutes les considérations se réunissent donc pour laisser le testament olographe dans la catégorie des actes sous seing privé, ne faisant aucune foi tant qu'ils ne sont pas reconnus ni vérifiés (1).

233. Nous touchons à la grande difficulté, qui n'en est pas une, à vrai dire, est-ce au légataire à prouver que l'acte allégué comme testament a été écrit, daté et signé de la main du testateur? ou est-ce à l'héritier naturel à prouver que le testament n'est pas l'œuvre du défunt? Nous disons qu'en principe la question n'en est pas une. Le testament est un acte sous seing privé; or, ceux qui allèguent un écrit sous seing privé sont tenus d'agir en vérification dès que celui à qui ils l'opposent ne reconnaît pas l'écriture. D'après le droit commun, c'est le porteur de l'acte qui est demandeur et qui en doit poursuivre la vérification. Ce principe reçoit son application au légataire, puisque c'est lui qui se prévaut du testament; c'est donc lui qui doit prouver que le testament est l'œuvre du défunt. Telle est d'ailleurs la règle élémentaire en matière de preuve. C'est au demandeur à faire la preuve; et qui, dans l'espèce, est demandeur? Il y a conflit entre un héritier légitime et un légataire. L'héritier légitime, on le suppose, agit en pétition d'hérédité contre le légataire, qui possède les biens. Il est demandeur; que doit-il prouver? Sa qualité d'héritier; cette preuve faite, le possesseur de l'hérédité doit la délaisser. Prétend-il y avoir droit comme légataire, il doit le prouver, car il oppose une exception à la demande; or, le défendeur qui oppose une exception devient demandeur quant à cette exception, et on lui applique la règle : *Actori incumbit probatio*. Comment fera-t-il cette preuve? En produisant le testament

(1) Demante, t. IV, p. 270, n° 115 *bis* VIII. Comparez Colmar, 12 juillet 1807 (Dalloz, n° 2736, 2°); Bruxelles, 15 janvier 1829 (*Pasicrisie*, 1829, p. 19).

qui l'institue légataire? Cette preuve sera décisive si le testament est authentique; elle sera inopérante si le testament est olographe. En effet, si le légataire oppose un testament olographe à l'héritier, celui-ci peut dire qu'il ne connaît pas l'écriture du défunt. Cela suffira pour que le légataire soit tenu de vérifier l'écriture. C'est le droit commun.

234. On prétend que la loi déroge au droit commun. Il nous faut voir d'abord en quoi cette dérogation consiste. La cour de cassation décide que le légataire n'a rien à prouver; elle rejette la preuve sur l'héritier; mais elle ne le décide pas ainsi en termes absolus et dans toute hypothèse; il importe donc de bien préciser le cas dans lequel la jurisprudence impose la preuve à l'héritier. On suppose qu'il n'y a point d'héritiers à réserve; dans ce cas, le légataire universel est saisi de plein droit (art. 1006), ce qui veut dire qu'il a la possession et la propriété des biens qui composent l'hérédité, sans être tenu de faire une demande quelconque, ni de poser un fait quelconque; il est possesseur et propriétaire en vertu de la loi; il n'a rien à demander à l'héritier, l'article 1006 le dit formellement. Toutefois si le testament est olographe, la loi veut que, avant d'être mis à exécution, il soit présenté au président du tribunal; celui-ci dresse procès-verbal de la présentation, de l'ouverture et de l'état du testament, puis il en ordonne le dépôt entre les mains d'un notaire. De plus, le légataire est tenu de se faire envoyer en possession par une ordonnance du président mise au bas d'une requête à laquelle est joint l'acte de dépôt (art. 1007 et 1008). Lorsque, dit la cour de cassation, ces diverses formalités ont été remplies, le légataire a la saisine de droit et de fait des biens qui composent l'hérédité. Il n'a rien à demander aux héritiers. Si les héritiers dénient ensuite l'écriture et la signature du testament, à qui sera-ce à prouver la sincérité ou la fausseté de l'acte? La cour répond que l'*héritier testamentaire* n'a rien à prouver, puisqu'il a tout à la fois la saisine de droit et la saisine de fait. C'est donc aux héritiers légitimes qui attaquent le légataire de prouver que le testament n'est pas sincère,

à moins qu'il n'y ait des faits de suspicion graves qui portent atteinte au caractère d'un titre déclaré exécutoire par le juge (1).

Telle est la première formule de la doctrine consacrée par la jurisprudence constante de la cour de cassation et admise par la plupart des cours d'appel de France. Chose remarquable! les cours de Belgique se sont toujours prononcées pour l'opinion contraire, c'est-à-dire pour l'application des principes généraux d'après lesquels la preuve de la sincérité d'un acte sous seing privé incombe à celui qui allègue l'acte ; donc, dans l'espèce, au légataire universel. La Belgique est un pays de droit coutumier; la France a eu pendant des siècles ses provinces de droit écrit, et aujourd'hui encore le droit romain y exerce sa domination impérieuse, nous allions dire tyrannique. Or, pour les juristes romains, le vrai héritier est celui qui est institué par testament, il est le seul représentant du défunt; si les héritiers légitimes viennent le troubler, ils sont demandeurs : qu'ils prouvent que le testament n'est point sincère! La présomption de sincérité est pour le testament, donc en faveur de l'héritier institué ; il est nécessairement défendeur. Ce qui nous porte à croire que la jurisprudence française s'est formée sous l'influence des idées romaines, c'est que la cour de cassation qualifie le légataire d'*héritier testamentaire*. Le code civil ignore cette expression, il ne connaît d'autres héritiers que les héritiers légitimes; les interprètes et surtout la cour de cassation, gardienne de la loi, devraient éviter d'employer des expressions qui rappellent des idées et des principes que le législateur moderne a rejetés. Il est vrai qu'il a donné la saisine au légataire universel quand il est en concours avec des héritiers non réservataires ; c'est une transaction entre le droit coutumier et le droit romain; malgré cette transaction, le code ne qualifie jamais le légataire d'héritier testamentaire ; les seuls vrais héritiers à ses yeux sont les héritiers du sang, les héritiers légitimes, les héritiers que Dieu fait, pour nous servir de la

(1) Cassation, 16 juin 1830 (Dalloz, n° 2745, 2°).

belle expression de nos coutumes. Voilà un ordre d'idées bien différent des idées romaines. Quand un conflit s'élève entre l'héritier qui tient son droit de Dieu et le légataire qui tient son droit de l'homme, qui doit prouver la sincérité de l'acte par lequel on prétend que l'homme a dérogé à la volonté de Dieu? Dans l'esprit des coutumes, qui est aussi celui du code, la réponse n'est pas douteuse : c'est au légataire, et toujours à lui, de prouver que l'ordre de la nature, l'ordre divin a été interverti à son profit. Le texte et les principes font la même réponse (1).

235. Troplong, après avoir exposé le système de la cour de cassation que nous venons de formuler d'après les termes mêmes de ses arrêts, dit que cette argumentation lui paraît tellement puissante, qu'il ne voit pas ce que l'on y peut répondre. Cependant beaucoup d'auteurs, dit-il, et il aurait pu ajouter, des plus considérables, ne s'y sont pas rendus, et un grand nombre de cours d'appel se sont rangées à leur avis. Là-dessus, Troplong fait un aveu qui est presque humiliant pour la raison humaine. « Malgré les dissertations et les consultations que j'ai lues, malgré les plaidoiries que j'ai cent fois entendues, je n'ai jamais compris ce système. » M. Demolombe, après avoir longuement réfuté la doctrine de la cour de cassation, qui paraît à Troplong d'une vérité si éclatante, dit que, dans sa conviction, elle est tout à fait inexacte (2). A notre tour, nous déclarons que la jurisprudence confond les notions les plus élémentaires de la science du droit; c'est pour cela que nous avons essayé d'expliquer, par des préjugés de race et de tradition, une opinion qui, sur le terrain des principes, nous paraît inexplicable.

Il y a un vice radical dans le raisonnement de la cour de cassation; c'est qu'elle confond les principes de la sai-

(1) Bruxelles, 21 juin 1810 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 2741), 27 juillet 1816 (Dalloz, n° 2742, 2°, et *Pasicrisie*, 1816, p. 187), 29 juin 1825 (*Pasicrisie*, 1825, p. 291), 18 juillet 1827 (*ibid.*, 1827, p. 248), 28 mai 1828 (*ibid.*, 1828, p. 187), 15 janvier 1829 (*ibid.*, 1829, p. 19), 2 juin 1842 (*ibid.*, 1847, p. 35); Liége, 24 février 1859 (*ibid.*, 1859, p. 344) et 19 janvier 1870 (*ibid.*, 1870, p. 190).

(2) Troplong, n° 1501. Demolombe, t. XXI, p. 162, n° 148.

sine avec la foi due aux actes. Pour peu qu'on y réfléchisse, on voit qu'il n'y a rien, absolument rien de commun entre la saisine et la force probante du testament olographe. Pourquoi la loi donne-t-elle la saisine à certains successeurs? Parce qu'ils sont appelés à toute l'hérédité et qu'ils ont intérêt à la conserver tout entière. Cela est évident pour les héritiers légitimes, leur droit est écrit dans la loi, et il embrasse toute l'hérédité. Quant aux légataires universels, c'est par transaction que le législateur leur a accordé la saisine. Il est vrai que leur titre ne repose que sur la volonté de l'homme et que cette volonté n'est pas aussi certaine que celle de la loi; mais qu'importe? En déférant la saisine aux légataires universels, en l'absence d'héritiers réservataires, la loi ne se préoccupe pas de la force probante de leur titre; elle n'en dit pas même un mot. Preuve évidente que le législateur n'a pas entendu déroger aux principes généraux qui régissent la force probante des actes; comment y aurait-il dérogé alors qu'il n'y a pas pensé et qu'il n'a pas dû y penser? Est-ce que la force probante des actes change selon que le légataire est en conflit avec un héritier réservataire ou avec un héritier non réservataire? Quoi! un seul et même acte fera foi si le défunt laisse des frères et sœurs, et il ne fera plus foi s'il laisse des descendants! C'est cependant là le système de la cour de cassation. Et la raison de cette profonde différence? C'est que les descendants sont saisis et les frères et sœurs ne le sont pas, lorsqu'il y a des réservataires. Eh, qu'importe? Est-ce que le testament change de nature selon que le légataire universel est saisi ou ne l'est pas? n'est-il pas, dans l'un et l'autre cas, un acte sous seing privé? et un seul et même acte peut-il avoir une force probante diverse par des raisons qui sont étrangères à la forme de l'acte? Voilà certes une différence qui ne se comprend pas.

Il en est de même si le défunt laisse des héritiers non réservataires et qu'il dispose de tous ses biens à titre universel ou à titre particulier. Qui a la saisine dans ce cas? Les héritiers légitimes. Ils dénient l'écriture. Qui devra prouver la sincérité de l'acte? Les légataires à titre

universel ou à titre particulier. Ainsi lorsque le testateur lègue tous ses biens à Paul, celui-ci n'a rien à prouver; s'il lègue la moitié de ses biens à Pierre et l'autre moitié à Paul, les deux légataires à titre universel seront tenus de prouver la sincérité de l'acte. Appelés au tout, ils ne doivent pas prouver que l'acte est sincère; appelés chacun à la moitié, ils doivent le prouver. Et la raison? C'est que dans l'un des cas ils sont saisis et dans l'autre ils ne le sont pas. Pour le coup, il est permis de dire : Eh, qu'importe? Leur titre change-t-il de nature selon qu'ils sont appelés à tous les biens ou à la moitié? mérite-t-il plus de foi lorsqu'ils recueillent tous les biens que lorsqu'ils n'en recueillent qu'une quotité, ou des objets particuliers? Quoi! moins ils demandent, moins leur titre fera foi! plus ils demandent, plus il fera foi! Si le législateur voulait provoquer des faux, pourrait-il s'y prendre mieux?

236. S'il est vrai, et cela nous paraît clair comme le jour, que la jurisprudence de la cour de cassation confond la saisine et la force probante des actes, toute l'argumentation de la cour s'écroule. Le légataire universel est saisi, dit-elle, de droit et de fait. Oui, mais à condition de prouver qu'il est légataire. Comment le prouve-t-il? Il produit un testament olographe, c'est-à-dire un acte sous seing privé. Est-ce qu'un acte sous seing privé fait foi? Non; donc il doit le faire reconnaître, sinon sa preuve n'est qu'une simple affirmation; or, ce n'est pas prouver que d'affirmer. Ici la cour nous arrête; elle dit et elle répète invariablement que « le testament olographe est investi par la loi d'un caractère et d'une force d'exécution qui lui sont particuliers (1). » C'est dire que le testament olographe, quoiqu'il soit un écrit sous signature privée, diffère des actes ordinaires sous seing privé, qu'il a une force probante plus étendue. Demanderons-nous à la cour de cassation où il est dit que le testament olographe a une autre force probante que les actes sous seing privé en général? Elle cite les articles 1006 et 1008, c'est-à-dire les articles qui donnent la saisine au légataire uni-

(1) Rejet, 9 novembre 1847 (Dalloz, 1848, 1, 10).

versel et qui permettent au président de l'envoyer en possession. N'est-ce pas un vrai cercle vicieux? Le testament olographe est un acte sous seing privé, et l'acte sous seing privé ne fait aucune foi par lui-même; donc, saisi ou non, c'est au légataire à prouver la sincérité du testament. Voilà ce que disent les principes généraux. Il y est dérogé, dit la cour; le testament olographe a un caractère particulier. D'où tire-t-il ce caractère? De la saisine et de l'envoi en possession qui en est la suite. Ainsi la saisine donne au testament olographe une force probante que n'ont pas les autres actes sous seing privé, quoiqu'il n'y ait rien de commun entre la force probante des actes et la saisine. Pénétrons au fond de ce cercle vicieux et demandons-nous s'il est vrai que le légataire se trouve dans une position spéciale. Voici un acquéreur, il possède en vertu d'un acte de vente sous seing privé; il a la saisine de droit et de fait, comme le dit la cour de cassation du légataire. Vient le vrai propriétaire qui revendique son fonds contre lui. Le défendeur lui oppose l'acte de vente par lequel le propriétaire revendiquant lui a vendu le fonds. Celui-ci dénie la signature. Qui devra vérifier l'écrit? L'acheteur qui s'en prévaut, de l'aveu de tout le monde; cependant il est en possession, aussi bien que le légataire; cette possession est légale, elle lui donne les actions possessoires, elle lui donne droit aux fruits, elle devient le fondement de l'usucapion, dans le système du code civil. Où est la différence entre la position du légataire et celle de l'acheteur? L'un et l'autre ont la possession; cependant on oblige l'un à prouver la sincérité de son titre, tandis que l'on en dispense l'autre. Cela est-il juridique?

237. Un arrêt de la cour de cassation, rendu sur le rapport du conseiller Mesnard et rédigé avec plus de soin que les autres, répond à notre objection. Il insiste sur l'envoi en possession ordonné, *après examen préalable*, par l'autorité judiciaire. La saisine, corroborée par l'envoi en possession, établit une différence entre le légataire et le créancier ordinaire. Celui-ci n'est saisi de rien, il doit tout prouver à l'encontre du débiteur; tandis que le

légataire a d'abord un titre dans la loi qui lui accorde la saisine. L'arrêt dit que la *présomption de la loi* protége *provisoirement* le titre du légataire; cette présomption est ensuite confirmée par une *possession sérieuse* et *judiciairement obtenue*. On en conclut que, dans cette position, le légataire n'a rigoureusement rien à prouver (1). Le rapporteur a habilement choisi son terrain, en comparant le légataire à un simple créancier; dans cette comparaison, tout paraît à l'avantage du légataire. Si, au lieu de comparer le légataire à un créancier, on le compare à un acquéreur, comme nous venons de le faire, l'identité sera parfaite, et on arrive forcément à la conclusion que la preuve incombe au légataire, de même qu'elle incombe à l'acquéreur. La cour insiste sur cette différence que le légataire a la possession, tandis que le créancier ne l'a point. En réalité, la possession est indifférente à la question de preuve et l'on ne doit pas en tenir compte. Tout ce qui résulte de la possession, dit très-bien la cour de Liége, c'est que l'héritier qui attaque le légataire doit prouver son droit à l'hérédité, parce que le possesseur est nécessairement défendeur (2). Mais que doit-il prouver? Ici est l'erreur de la jurisprudence française. L'héritier agit en pétition d'hérédité; or, celui qui réclame l'hérédité n'a qu'une chose à prouver, son titre d'héritier. Cela ne suffit pas, dit la cour de cassation; le légataire a en sa faveur une présomption légale fondée sur son titre, et celui qui a une présomption ne doit plus rien prouver, c'est à son adversaire, l'héritier, de détruire cette présomption en prouvant que le titre du légataire n'émane pas du défunt. Est-il vrai que la saisine est une présomption de la loi en faveur du légataire institué par un testament olographe? Les réponses n'ont point manqué à cet argument, qui est une vraie pétition de principe. D'abord il faut écarter le mot de *présomption légale*; où est la loi qui dit que la saisine est accordée au légataire à raison d'une présomption de sincérité attachée au

(1) Rejet, 23 janvier 1850 (Dalloz, 1850, 1, 24). Comparez le dernier arrêt, cassation, 5 août 1872 (Dalloz, 1872, 1, 376).
(2) Liége, 24 février 1859 (*Pasicrisie*, 1859, 2 ,346).

testament olographe? La loi se garde bien d'établir une présomption pareille, qui assimilerait un écrit sous seing privé à un acte authentique, et apporterait une profonde dérogation aux règles qui régissent la force probante des actes. Elle accorde la saisine au légataire universel, en supposant qu'il ait un titre valable; elle ne dit pas que son titre est valable. Ceci est une question de preuve dont le code ne s'occupe pas au titre des *Donations*, question qui reste donc entière, malgré la saisine, et qui est décidée par les principes généraux. Le légataire a-t-il un testament authentique, il est protégé par son titre qui fait pleine foi. Le légataire n'a-t-il qu'un testament sous signature privée, il ne peut l'invoquer que lorsque l'écriture en aura été reconnue ou vérifiée (1).

238. La présomption de la loi, continue la cour de cassation, est confirmée par une possession sérieuse et judiciairement obtenue. C'est l'argument sur lequel la cour s'appuie pour casser les arrêts qui sont contraires à sa jurisprudence. Ici il y a vraiment de quoi s'étonner. On a mille fois répondu à l'argumentation de la cour suprême, et la réponse est si péremptoire que l'on s'étonne que d'excellents esprits, tels que le rapporteur de l'arrêt de 1850, persistent dans une opinion qui est une erreur palpable. Il s'agit de l'ordonnance du président qui envoie le légataire en possession. Quel est l'effet de cette ordonnance? Une cour répond que c'est une *sorte de consécration* donnée au testament, qu'elle en fait du moins *présumer* la validité (2). Toujours des phrases et des présomptions imaginaires, alors qu'on demande des arguments juridiques. *Une sorte de consécration!* Qu'est-ce donc que cette ordonnance? a-t-elle pour objet de créer une présomption en faveur du légataire? On écrit cela en 1864. Et déjà en 1829 la cour de Bruxelles avait ruiné cet échafaudage de mots en décidant que l'ordonnance du président, rendue sur la simple demande de l'une des parties, sans que la partie adverse ait été entendue ou appe-

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 502, note 6, § 669. Caen, 17 janvier 1852 (Dalloz, 1853, 1, 26).
(2) Pau, 18 novembre 1864 (*Pasicrisie*, 1865, 2, 86).

lée, sans que l'on ait dû examiner la réalité du testament, ne peut nuire aux droits de l'héritier légitime, ni attribuer à un acte sous seing privé le caractère ou la force d'un acte authentique (1). Nous avons analysé les articles 1007 et 1008; on y chercherait vainement la *consécration* et la *présomption* que la jurisprudence y voit. Pourquoi la loi fait-elle intervenir le président du tribunal quand le légataire est institué par un testament olographe? D'abord elle prescrit une mesure de conservation : le président ordonne le dépôt du testament entre les mains du notaire. Est-ce que l'acte de dépôt, qui a pour unique objet de constater qu'un testament a été présenté au président et qui décrit l'état matériel du testament peut avoir un effet quelconque sur la force probante de l'acte? Peut-il résulter de la simple constatation d'un fait que l'acte présenté au président a été écrit, daté et signé par celui dont il porte la signature? C'est ce que la cour de Bruxelles se demandait en 1810 (2); et on se le demande encore en 1872! Vient ensuite l'ordonnance d'envoi en possession. Pourquoi faut-il une ordonnance quand le légataire est institué par un testament olographe? Parce que ce testament est un acte sous seing privé et qu'un acte pareil n'a aucune force exécutoire. C'est donc une simple formalité. Est-ce que par hasard le président, avant de signer son ordonnance, prend connaissance du testament et en vérifie l'écriture? La question n'a pas de sens. Le président n'est pas investi de l'autorité judiciaire, il ne juge pas; et, dans l'espèce, il juge si peu, qu'il n'a pas même le testament sous les yeux; l'article 1008 dit que le président délivre son ordonnance sur le vu de l'acte de dépôt, et cet acte n'est que le procès-verbal de la présentation du testament; donc l'ordonnance, de même que l'acte de dépôt, n'est qu'une simple formalité, un acte de juridiction gracieuse, comme on dit, qui ne donne aucun droit et n'en enlève aucun. Le testament reste, après l'envoi en possession, ce qu'il était avant l'envoi, un acte sous seing privé;

(1) Bruxelles, 15 janvier 1829 (*Pasicrisie*, 1829, p. 19).
(2) Bruxelles, 21 juin 1810 (Dalloz, n° 2741).

les droits du légataire n'en reçoivent aucune consécration, et il n'en résulte aucune présomption en sa faveur; les héritiers n'ont donc à combattre ni *présomption* ni *consécration;* tout cela est purement imaginaire (1).

La cour de cassation base invariablement ses arrêts sur les articles 1006 et 1008, qu'elle prétend violés par les cours qui imposent au légataire l'obligation de prouver la sincérité de l'acte qu'il invoque. Nous dirons avec la cour de Caen qu'il ne suffit pas d'affirmer que les articles 1006 et 1008 sont violés, qu'il faudrait prouver que ces dispositions concernent la force probante du testament olographe; or, nous croyons avoir démontré qu'elles y sont complétement étrangères. La cour de cassation fait donc dire au code ce qu'il ne dit pas; et après avoir interprété à faux la loi, elle casse les arrêts qui en font une juste interprétation. C'est un spectacle humiliant pour notre science. Nous espérons que la cour reviendra de son erreur, comme elle l'a déjà fait plus d'une fois, lorsqu'elle siége chambres réunies (2).

239. Les principes que nous venons d'exposer sur la preuve reçoivent-ils exception lorsque l'héritier a reconnu la vérité du testament olographe? Peut-il encore, dans ce cas, méconnaître l'écriture et la signature et mettre à la charge du légataire l'obligation de prouver la sincérité de l'acte? Il est certain que l'héritier qui reconnaît l'écriture ne peut plus la méconnaître; la reconnaissance est un aveu, et l'aveu est irrévocable (art. 1356). Une fois que l'acte sous seing privé est reconnu, il a la même force probante que l'acte authentique (art. 1322). La reconnaissance de l'écriture, comme toute manifestation de volonté, peut être expresse ou tacite; la reconnaissance tacite résulte de faits qui impliquent nécessairement l'approbation du testament. Quand un fait implique-t-il cette approbation? La loi n'en prévoit aucun; c'est donc une question

(1) Caen, 17 janvier 1853 (Dalloz, 1853, 2, 110). Demolombe, t. XXI, p. 156, 159, n° 148.

(2) Voyez les sources dans Aubry et Rau, t. V, p. 501, note 6, § 669. Demolombe, t. XXI, p. 162, n° 148; et le *Recueil périodique* de Dalloz, 1868, 2, p. 92, note.

abandonnée à l'appréciation du juge. L'exécution du testament par l'héritier serait un acte non équivoque de reconnaissance, car l'héritier n'exécuterait pas un testament s'il n'en reconnaissait pas l'écriture. Il se présente ici une difficulté de droit. L'exécution d'un acte nul est une confirmation tacite (art. 1338); mais autre chose est la confirmation d'un acte nul, autre chose est la reconnaissance de l'écriture. La confirmation efface le vice qui rendait l'acte nul ou annulable; la reconnaissance de l'écriture est étrangère aux vices de l'acte; le testament olographe peut être écrit de la main du testateur et être néanmoins nul. Il ne faut donc pas appliquer à la reconnaissance les principes qui régissent la confirmation; les conditions diffèrent ainsi que les effets.

L'héritier qui a reconnu le testament est-il admis à revenir sur sa reconnaissance en prouvant qu'il l'a faite par erreur, parce qu'il n'avait pas pris inspection de l'acte? En apparence, la question est décidée par l'article 1356, qui permet de révoquer l'aveu quand il y a erreur de fait. Mais, dans l'espèce, cette disposition ne profiterait pas à l'héritier. En effet, comment prouvera-t-il l'erreur de fait par suite de laquelle il a reconnu le testament en l'exécutant? Il devra prouver que le testament n'est pas l'œuvre du défunt; donc, par suite de l'exécution qu'il a donnée au testament, la preuve retombera sur lui. Vainement dirait-il qu'il n'a pas vu le testament. Cela n'empêche pas qu'il l'ait exécuté, il l'a fait par erreur, soit; il doit prouver son erreur, et cette preuve implique la vérification de l'écriture (1).

240. Le testament olographe fait-il foi de sa date lorsqu'il est reconnu par l'héritier? Cette question nous paraît très-douteuse. Les auteurs et la jurisprudence sont d'accord sur le principe. On admet que le testament olographe fait foi de sa date, aussi bien que de l'écriture et

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Testament*, sect. II, § IV, art. VI, n° IV (t. XXXIV, p. 154). Aubry et Rau, t. V, p. 501-503, et note 7; Demolombe, t. XXI, p. 167, n°s 152 et 153. Comparez Dalloz, n° 2751, p. 792, qui fait quelques objections contre la doctrine de Merlin, et cite Vazeille, comme ayant exposé et adopté son sentiment, tandis que Vazeille le combat (t. III, p. 24, n° 9).

de la signature. C'est une exception aux principes qui régissent la force probante des écrits sous seing privé. Aux termes de l'article 1328, les actes sous seing privé n'ont de date contre les tiers que du jour où ils ont été enregistrés, du jour de la mort de celui qui les a souscrits, ou du jour où leur substance est constatée dans des actes dressés par des officiers publics. Cette disposition s'applique-t-elle à la date des testaments olographes? On peut d'abord l'écarter en disant que les héritiers ne sont pas des tiers, qu'ils sont les représentants du défunt et continuent sa personne. Cette espèce de fin de non-recevoir n'est pas admissible. L'article 1323 donne aux héritiers le droit de méconnaître l'écriture ou la signature du défunt, ce qui est très-juste; on ne peut pas leur dire qu'ils sont liés par un acte de leur auteur, alors qu'ils soutiennent que cet acte n'émane pas de lui. Il en est de même de la date; si les héritiers sont des tiers, pour ce qui concerne l'écriture et la signature, ils sont aussi des tiers pour ce qui concerne la date. C'est surtout en matière de testament que les héritiers doivent avoir le droit de contester la date aussi bien que l'écriture, car le testament les dépouille; le légataire prétend leur enlever les biens du défunt; les héritiers doivent avoir le droit de lui opposer que le testament qu'il invoque n'est pas l'œuvre du défunt, ou ne fait pas foi de sa date, en rejetant sur le légataire la preuve de la sincérité de l'acte, et pour la date et pour l'écriture.

240 *bis*. On prétend que les dispositions de l'article 1328 résistent à l'application que l'on en voudrait faire au testament olographe. Quand les actes sous seing privé acquièrent-ils date certaine? Du jour où ils ont été enregistrés. Est-ce qu'on enregistre un testament du vivant du testateur? Le testateur ne le fait pas et il ne peut pas le faire, puisque s'il teste dans la forme olographe, c'est pour que ses dispositions restent secrètes et pour qu'on ne sache pas même qu'il a testé. Il serait contradictoire de permettre au testateur de tester secrètement et de le forcer à divulguer ses dispositions en les enregistrant. C'est cependant là le seul moyen que l'article 1328 offre au tes-

tateur de donner une date certaine au testament olographe, les autres supposent sa mort; or, les difficultés qui s'élèvent sur la date concernent l'époque où le testament a été fait, et non l'époque de la mort; c'est donc la date de la rédaction qu'il faudrait rendre certaine, et on ne le peut sans rendre le testament public, ce qui est en contradiction avec l'essence du testament olographe.

L'objection est sérieuse, mais elle n'est pas décisive. Il est certain que l'article 1328 n'a pas en vue les testaments ; mais on peut dire la même chose des articles 1322-1324. On applique néanmoins ces dispositions au légataire institué par testament olographe. Or, toutes les règles qui régissent la force probante des actes sous seing privé se tiennent ; si l'on applique les unes, pourquoi n'applique-t-on pas les autres? On applique les articles 1322-1324 aux testaments olographes, parce qu'il y a même motif de décider. Eh bien, il y a aussi même motif de décider pour l'article 1328. Pourquoi les actes sous seing privé ne font-ils pas foi de leur date, quoique l'écriture en soit reconnue? Parce que rien n'est plus facile que d'antidater ou de postdater un acte sous signature privée. Et qui, sous ce rapport, a une plus grande liberté que le testateur? Il écrit seul, et dans le secret, il peut mettre à son testament telle date qu'il veut ; incapable au moment où il écrit ses dispositions, il peut les dater d'une époque à laquelle il était capable. Peut-on ajouter foi à une date dont rien ne garantit la vérité? La date d'un testament olographe mérite moins de foi que celle des actes sous seing privé ordinaires, dans tous les cas où le testateur avait intérêt à antidater, et ce n'est que dans ces cas-là que la question se présente.

On objecte qu'il n'y a pas moyen de donner date certaine au testament olographe, d'après l'article 1328, puisqu'on ne pourrait le faire qu'en enregistrant le testament, ce qui est en contradiction avec l'essence de ce testament. En droit, la réponse est facile; rien n'empêche le testateur d'enregistrer son testament, s'il tient à lui donner date certaine. Recule-t-il devant la publicité, il a encore un autre moyen, c'est de déposer l'acte chez un notaire;

l'acte de dépôt lui donnera date certaine. Ici l'on nous arrête et l'on dit que c'est ajouter à l'article 970 une formalité que la loi ne prescrit point. Tout ce que la loi exige pour la validité du testament olographe, c'est qu'il soit écrit, daté et signé de la main du testateur; l'article 970 déclare qu'il n'est assujetti à aucune autre forme. Donc on ne peut pas obliger le testateur à déposer l'acte chez un notaire, ou à l'enregistrer. L'objection ne nous paraît pas sérieuse. Le testament est valable sans être déposé ni enregistré; personne n'oblige le testateur à le faire; la plupart des testaments ne sont ni déposés ni enregistrés, ce qui ne les empêche pas d'être parfaitement valables; mais si le testateur veut en outre assurer une date certaine à ses dispositions, il doit remplir une formalité de plus; formalité dont l'article 970 ne parle pas et dont il n'avait pas besoin de parler, puisqu'elle n'est pas prescrite pour la validité du testament. Il en est du testament comme de tous les actes sous signature privée. L'article 1325 détermine les formes dans lesquelles doivent être rédigés les actes qui constatent des conventions synallagmatiques; il ne parle pas de la date, ni de la manière de donner une date certaine aux actes; si les parties veulent leur donner date certaine, elles doivent se conformer à l'article 1328. Il en est de même du testateur.

241. Non, dit-on, il y a une différence essentielle; la loi n'ordonne pas de dater les actes sous seing privé, tandis qu'elle veut que le testateur date ses dispositions. Soit; mais qu'en prétend-on conclure? Que la date du testament fait foi par elle-même. Ecoutons la cour de cassation de France. « Celui qui, dans un acte en forme de testament, commande à l'avenir et dispose pour un temps où il ne sera plus, *exerce en quelque sorte la puissance législative*, ce qui a fait dire à la loi romaine : *disponat testator et erit lex*. En conséquence, la *loi* place momentanément le *testateur* dans la classe des *fonctionnaires publics*; d'où il résulte qu'il *imprime l'authenticité* à la date qu'il donne à son testament (1). » Encore des rémi-

(1) Rejet, 29 avril 1824 (Dalloz, n° 2711). Comparez Rejet, 8 juillet 1823, qui ne donne aucun motif (Dalloz, n° 2665).

niscences romaines qui, pour le coup, sont très-déplacées. Quoi! le testateur est un *législateur*, et ce prétendu législateur ne peut pas même créer un héritier! Quoi! le testateur est un *fonctionnaire public* qui imprime l'authenticité à la date de son testament! S'il est un fonctionnaire public pour la date, il doit l'être pour la signature et pour l'écriture; si la date est authentique, l'écriture et la signature le sont également. Voilà donc le testament olographe transformé en acte authentique de par la loi des XII Tables! Si les juristes romains voulaient se rappeler que nous avons un code civil et que nous ne sommes plus sous l'empire des lois romaines!

La cour de Bruxelles, siégeant comme chambre de cassation, a rendu sur notre question un arrêt beaucoup mieux motivé; elle se prononce aussi pour l'opinion générale, mais elle donne au moins des raisons juridiques. Pourquoi le code fait-il de la date une formalité essentielle du testament olographe? C'est dans le but d'assurer au testament une date fixe et certaine qui serve à établir la capacité du testateur à l'époque de la rédaction de ses dispositions et la priorité du testament au cas où il y en aurait plusieurs. Qu'en faut-il conclure? Que le législateur a entendu que le testament olographe fît présumer par lui-même la réalité de sa date. Ce serait une contradiction choquante que de prescrire la date sous peine de nullité et de subordonner ensuite la certitude de la date à l'accomplissement de l'une des formalités prescrites par l'article 1328; s'il en était ainsi, la date n'aurait plus de raison d'être; pour qu'elle ait une raison d'être, il faut qu'elle fasse foi par elle-même (1). L'objection est spécieuse, mais ne prouve-t-elle pas trop? Si la date est certaine, pourquoi n'en serait-il pas de même de l'écriture et de la signature? On aboutit ainsi à transformer le testament olographe en un acte authentique. Un acte sous seing privé ne fait foi de rien : tel est le principe. Même

(1) Arrêt de la chambre de cassation, de Bruxelles, du 15 avril 1825 (*Pasicrisie*, 1825, p. 377). L'arrêtiste a très-bien exposé les motifs que l'on peut donner pour l'opinion contraire. Comparez Bruxelles, 22 juin 1822 (*Pasicrisie*, 1822, p. 184); Liége, 14 février 1815 (*ibid.*, 1815, p. 309).

reconnu, il ne fait pas foi de sa date : voilà un second principe. La cour fait exception au principe qui concerne la date. Nous lui demanderons de quel droit? Ne faudrait-il pas un texte pour décider, par exception à la règle, que le testament olographe, bien que ce soit un acte sous seing privé, fait foi de sa date? Les exceptions ne s'établissent pas par voie de raisonnement; car admettre une exception sans texte, c'est déroger à la loi, c'est donc la faire. Cela est si vrai que la doctrine de la cour crée une troisième catégorie d'actes ; des actes qui ne sont pas authentiques et qui ne sont pas non plus des actes sous seing privé, car les premiers font foi de tout; les autres, de rien, tandis que les testaments olographes ne font pas foi de l'écriture et de la signature, mais font foi de leur date, une fois l'écriture reconnue. De quel droit la cour crée-t-elle une catégorie d'actes sous seing privé que la loi ignore? D'après le code, il n'y a que des actes authentiques et des actes sous seing privé. Tout acte qui n'est pas authentique est par cela même sous signature privée, et n'a d'autre force probante que celle qui est attachée aux écrits sous seing privé : tel est le testament olographe.

242. Il y a une objection, en apparence très-grave, contre l'opinion que nous soutenons, c'est que, dans l'ancien droit, on admettait que le testament olographe faisait foi de sa date. Ricard est formel. « Il n'y a, dit-il, aucune différence à faire, pour la date, entre le testament olographe et les autres espèces de testaments par-devant notaires. La date du testament olographe assure la capacité du testateur au temps du testament. » Merlin cite des arrêts très-précis qui confirment cette doctrine (1). Or, le code a emprunté le testament olographe aux coutumes; n'en faut-il pas conclure qu'il l'a consacré tel qu'il existait? La tradition serait décisive s'il était certain que les auteurs du code l'ont maintenue. Mais cela est plus que douteux. Les coutumes qualifiaient le testament olographe

(1) Ricard, I[re] partie, n° 1560. Merlin, *Questions de droit*, au mot *Testaments*, § VIII (t. XV, p. 351).

de *solennel*, et dans l'ancien droit, plus encore qu'aujourd'hui, on confondait l'acte solennel avec l'acte authentique. Merlin dit formellement, après avoir cité la coutume de Paris : « La coutume ne regarde donc pas ce testament comme un acte sous seing privé ; elle le répute *solennel;* et, en effet, confiant au testateur et son autorité pour disposer et un caractère pour rédiger sa volonté, elle le tire par là de la classe des simples particuliers, elle l'érige en législateur, en ministre de sa propre loi, en officier public dans cette partie ; or, dans les principes, on regarde les actes passés par les personnes publiques comme des preuves inaltérables de ce qu'ils contiennent ; où peut donc être la raison de douter de la vérité de la date d'un testament olographe, tant qu'on ne l'attaque pas par une inscription en faux? » Ces paroles de Merlin établissent une différence radicale entre le testament olographe du code civil et le testament solennel des coutumes. On ne peut plus dire que le code ne regarde pas le testament olographe comme un acte sous seing privé, puisque l'article 999 lui donne expressément cette qualification. De là suit que l'on ne peut plus admettre les conséquences que Merlin déduisait du texte des coutumes ; il avait raison de dire que le testament olographe, réputé solennel, étant assimilé à un acte dressé par un officier public, il devait faire foi de sa date. Dans notre droit moderne, au contraire, la loi qualifiant ce testament d'acte sous signature privée, il faut en induire qu'il ne fait pas foi de sa date. Toutefois la doctrine de Merlin est consacrée par la jurisprudence et admise par certains auteurs ; c'est la tradition, mal comprise, qui les a égarés. Cela prouve que l'on ne doit recourir à la tradition qu'avec beaucoup de prudence ; sans cela, on risque de transporter dans le droit moderne des principes que le législateur n'a pas entendu admettre, qu'il a même formellement répudiés, comme dans l'espèce (1).

243. Comme notre opinion est isolée, nous devons

(1) L'opinion contraire est généralement suivie. Voyez Aubry et Rau, t. V, p. 503, note 8, § 669, et les auteurs qu'ils citent.

nous placer sur le terrain de la doctrine généralement suivie, pour faire connaître les conséquences qui en découlent. Elles sont très-graves, et, à notre avis, elles témoignent contre le principe même d'où elles dérivent. On lit dans un arrêt qu'un testament olographe postérieur à un testament authentique révoque celui-ci(1). Cela est très-juridique, une fois le principe admis que le testament olographe fait foi de sa date. La cour de cassation, dans l'arrêt de 1824 que nous avons cru devoir critiquer (n° 241), va plus loin, elle dit que s'il y a deux testaments olographes de date différente, la *force des choses* veut que l'on donne date certaine à l'un et à l'autre, sinon il sera impossible de déterminer quelle est la dernière volonté du testateur. Nous ne reconnaissons pas à la *force des choses* l'autorité de la loi. Si, après avoir testé dans la forme olographe, le testateur fait un nouveau testament sous signature privée par lequel il déroge au premier, il sait qu'il doit donner date certaine à la déclaration de ses dernières volontés. Dans l'ancien droit, ceux qui entraient en religion devaient déposer leurs testaments olographes entre les mains d'un notaire, afin d'empêcher des testaments postérieurs avec une antidate. Que le testateur qui fait deux testaments olographes enregistre le dernier, ou le dépose chez un notaire, s'il veut éviter à ses légataires les embarras et les mauvaises chances d'un procès. On voit que la *force des choses* peut être évitée; en tout cas, il n'y a pas de *force des choses* qui tienne contre le droit.

244. Un testateur décède en état de démence ou frappé d'interdiction; il laisse un testament daté d'une époque où il était sain d'esprit. Ce testament fera-t-il foi de sa date? Dans l'opinion générale, il faut répondre affirmativement. Il a été jugé qu'un testament daté du 5 mars 1819 par une personne interdite le 12 avril 1820 faisait foi de sa date. « Le testateur, dit la cour, investi du droit d'être seul *ministre* de l'*acte solennel* contenant ses dispositions testamentaires, lorsqu'il prend la voie du testament olographe, en atteste *légalement* la date, comme l'attestent

(1) Riom, 20 janvier 1824 (Dalloz, n° 2710, 1°).

un *notaire* et ses témoins si le testament est *nuncupatif* ou écrit (1). » C'est le langage et c'est la doctrine de l'ancien droit, mais ce langage et cette doctrine sont en contradiction ouverte avec le texte et avec l'esprit du code civil. Est-ce que le code dit que le testament olographe est un *acte solennel*, dans le sens de la coutume de Paris? Il le qualifie d'*acte sous signature privée* (art. 999). Est-ce que le code dit que le testateur est un *ministre de la loi*, de même que le *notaire?* S'il en était ainsi, tout l'acte serait authentique, non-seulement la date, mais aussi la signature et l'écriture. On voit le danger qu'il y a de suivre aveuglément la tradition. Il y a un autre danger que la cour de Caen a signalé et qui saute aux yeux (2). Une personne tombe en démence; la cupidité de ceux qui l'entourent profitera de son incapacité pour lui faire écrire, en l'antidatant, un testament olographe qui dépouille les héritiers légitimes. Ceux-ci attaquent le testament; ils sont forcés de prouver que le testament est antidaté. Comment feront-ils cette preuve? Grand est l'embarras de la jurisprudence et de la doctrine, comme nous allons le dire: la date fait-elle foi jusqu'à preuve contraire seulement, ou fait-elle foi jusqu'à inscription de faux? Quelle que soit l'opinion que l'on admette, la preuve incombera aux héritiers; ils seront obligés de dévoiler les manœuvres des légataires; or, dans la lutte de la vérité contre le mensonge, la fraude a mille chances de l'emporter. Il est facile de frauder la loi, il est très-difficile de prouver la fraude.

245. Tout le monde admet que le testament olographe fait foi de sa date. Mais quelle est l'étendue de cette force probante? La date est-elle prouvée jusqu'à inscription de faux, ou ne l'est-elle que jusqu'à preuve contraire? Si l'on s'en tient aux principes qui régissent la preuve, la réponse est facile. L'acte authentique fait foi de sa date jusqu'à inscription de faux, tandis que l'acte sous seing privé, même reconnu, ne fait pas foi de sa date à l'égard des

(1) Arrêt de Riom (cité p. 276, note 1), de Bruxelles et de la chambre de cassation (cités p. 273, note 1).
(2) Caen, 8 avril 1824 (Dalloz, n° 2714, 1°).

tiers, c'est-à-dire à l'égard de tous ceux qui ne l'ont pas reconnu. Le testament olographe est-il un acte authentique ou un acte sous signature privée? L'article 999 répond à la question, et il semble décider par cela même la question de la force probante attachée à la date : le testament olographe est un acte sous seing privé, donc par lui-même il ne fait pas foi de sa date. Quand aura-t-il date certaine? Par l'enregistrement, par la mort du testateur, ou par l'acte de dépôt qu'il aura fait de son vivant. Voilà ce que répond le code civil.

Dans l'opinion générale, on ne sait quoi répondre, parce que l'on fait du testament olographe un acte d'une nature particulière, sans que l'on sache quelle est cette nature et quelle est la force probante qui en résulte, car il n'y a point de texte. S'en tiendra-t-on aux motifs que la cour de cassation donne dans l'arrêt de 1824 et que la cour de Riom reproduit? Si le testateur est un fonctionnaire public, s'il est un notaire, il faut décider que la date du testament olographe fait la même foi que celle qui est attachée à l'acte authentique; elle fera foi, dans tous les cas, jusqu'à inscription de faux. Cela est très-logique; mais comment concilier cette logique avec le texte de l'article 999 qui dit en toutes lettres que le testament olographe est un acte sous signature privée? Ainsi le testateur est un fonctionnaire public, il est un notaire, et l'acte qu'il fait est un acte sous seing privé! Et cet acte sous seing privé fera la même foi de sa date qu'un acte authentique! Quel chaos de contradictions!

Tous les arrêts ne vont pas aussi loin, et les auteurs, alors même qu'ils répètent ce que Merlin disait du testament solennel de l'ancien droit, se gardent bien d'en conclure que le testament olographe fait la même foi de sa date que l'acte authentique. On se borne à dire que le testament olographe n'est pas un acte sous seing privé ordinaire, qu'il a un caractère distinct, donc aussi des effets particuliers. Cette doctrine ne fait qu'augmenter l'embarras de l'interprète, s'il veut rester fidèle aux principes. Le testament olographe ne serait donc ni un acte authentique ni un acte sous seing privé; partant on ne peut lui appli-

quer les règles qui régissent la force probante de ces actes. Quelles seront donc les règles que l'on appliquera à cet acte d'une nature à part? La loi ne connaît d'autres actes que les actes authentiques et les actes sous seing privé. Si le testament olographe n'est ni l'un ni l'autre, nous sommes sans loi, donc en dehors de la loi ; par conséquent en décidant que le testament olographe a telle ou telle force probante, les interprètes font la loi; de là leurs hésitations et leurs inconséquences. La foi due aux actes exige une rigueur mathématique; et voici ce que dit Merlin du testament olographe : « Le testament olographe, lorsque l'écriture en est reconnue, est revêtu par la loi d'une *sorte d'authenticité*, qui suffit pour en constater la date (1). » Si le testament olographe n'a qu'une *sorte d'authenticité*, il n'en peut résulter qu'une *sorte de preuve*, une *sorte de foi* : qu'est-ce que cela veut dire? Des mots et des paroles !

Si nous laissons là les textes pour consulter l'esprit de la loi, la raison des choses, nous aboutissons aux mêmes inconséquences. L'héritier reconnaît l'écriture, il est donc constant que le testateur a tracé les chiffres ou les lettres qui forment la date. En faut-il conclure que cette date est certaine? Le législateur n'admet pas cette conséquence pour les actes sous seing privé ordinaires; quoique reconnus, ils ne font pas foi de leur date, et la raison en est simple : les parties ne peuvent-elles pas, pour des raisons quelconques, antidater l'acte? et qu'est-ce qui prouve qu'elles ne l'ont pas antidaté? Voilà pourquoi l'article 1328 exige une formalité extrinsèque ou la mort de l'une des parties pour reconnaître date certaine aux actes sous seing privé. Cet article, dit-on, n'est pas applicable aux testaments olographes. Soit, supposons qu'il y ait exception, nous en demandons la raison. Le testateur mérite-t-il plus de foi que les parties qui figurent dans un contrat? Il peut antidater ou postdater par erreur : l'erreur fera-t-elle foi? Il peut mettre à dessein une date fausse

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Testament*, section II, § I, art. VI (t. XXXIII, p. 358).

pour reporter son testament à une époque à laquelle il était capable, alors qu'il est incapable au moment où il écrit ses dispositions ; cette fausse date fera-t-elle foi? Il peut tester sous l'influence de la captation et de la suggestion ; ceux qui le trompent et qui l'exploitent auront soin de lui faire antidater ses dispositions, afin de dérouter les héritiers légitimes qui voudraient attaquer le testament, et afin de rendre la preuve de la captation et de la suggestion difficile ou impossible ; cette date frauduleuse fera-t-elle foi? Nos questions ne sont pas encore assez précises. Il faut demander si la date erronée, fausse, frauduleuse, fera foi jusqu'à inscription de faux ou jusqu'à preuve contraire? La raison répond qu'elle ne fait aucune foi ; et l'on cherche vainement un motif pour lequel elle ferait foi jusqu'à preuve contraire, ou jusqu'à inscription de faux.

Supposons que le testament olographe soit un acte d'une nature particulière. Pour en déterminer la force probante, il faut néanmoins appliquer les principes généraux, puisque le code n'y déroge pas au titre des *Donations et Testaments*. Eh bien, d'après les principes, le testament olographe ne peut faire foi de sa date jusqu'à inscription de faux, car il n'y a pas de faux, alors même que la date est fausse. La fausse date dans un testament authentique constitue un faux, parce que le notaire a mission de dater l'acte et d'imprimer l'authenticité à cette date ; donc quand il met une date autre que celle à laquelle il reçoit le testament, il commet un faux, et la conséquence est qu'il faut s'inscrire en faux, si l'on conteste la vérité de la date. Il n'en est pas de même du testateur qui date son testament olographe ; il n'a aucune mission d'assurer l'authenticité à la date qu'il met à ses dispositions, pas plus qu'aux dispositions elles-mêmes ; il est donc libre de mettre à son testament telle date qu'il veut ; l'antidate-t-il, il ne commet pas un faux ; on peut attaquer la validité du testament, mais on ne peut pas dire qu'il y a un faux. Quant aux héritiers qui reconnaissent l'écriture, ils reconnaissent à la vérité que le testateur a écrit la date, mais ils ne reconnaissent pas que cette date est la véritable ; ils peu-

vent donc contester la vérité de la date sans devoir s'inscrire en faux.

Si le testament olographe ne fait pas foi de sa date jusqu'à inscription de faux, la conséquence sera qu'il ne fait foi que jusqu'à preuve contraire. Tel est, en effet, le droit commun. Toute preuve peut être combattue par une preuve contraire. Il n'y a pas de preuve, quelque forte qu'elle soit, qui exclue toute preuve contraire; les présomptions légales elles-mêmes peuvent être combattues par l'aveu et le serment. La loi ne fait certes pas exception à ce principe en faveur du testament olographe. Donc il reste sous l'empire de la règle générale. Les héritiers seront admis à prouver, d'après le droit commun, que la date du testament olographe est erronée, fausse ou frauduleuse.

Reste à décider quelle preuve ils peuvent alléguer? Il faut distinguer quel est l'objet de leur action. Si elle tend à établir que le testament est nul parce que la date est incomplète ou erronée, ils doivent puiser leurs preuves dans le testament même; ce n'est pas là le cas que nous avons en vue; nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut (nos 194-206). Nous supposons que le testateur a volontairement mis une fausse date; les héritiers ont intérêt à prouver que la date est fausse. Lorsqu'il y a dol proprement dit, la décision n'est point douteuse; la loi admet la preuve testimoniale et les présomptions (art. 1353 et 1348). Alors même qu'il n'y aurait pas dol, les héritiers seront admis à prouver par témoins que la date n'est pas sincère. C'est l'application de la règle générale établie par l'article 1348; les héritiers n'ont pas pu se procurer une preuve littérale de la fausse date, donc ils pourront prouver par témoins et par présomptions que la date est fausse.

246. Tels sont, à notre avis, les principes quand on se place au point de vue de l'opinion générale. La doctrine et la jurisprudence sont incertaines et inconséquentes. Les auteurs sont divisés. Les uns enseignent, comme nous venons de le faire, que le testament olographe ne fait foi de sa date que jusqu'à preuve con-

traire (1). D'autres posent comme règle que la date régulière, certaine, ne peut être combattue, *en général*, que par l'inscription en faux (2). Après cela, ils admettent des exceptions nombreuses. Le principe et les exceptions sont également contestables. Sur quoi se fonde-t-on pour soutenir que le testament olographe fait foi de sa date jusqu'à inscription de faux? On ne le sait. C'est une conséquence que les auteurs déduisent de l'article 970, en vertu duquel, selon eux, le testament olographe fait foi de sa date. La règle même est incertaine; ce qui est certain, c'est que l'article 970 ne dit pas un mot de l'étendue de la foi qui est due à la date. Donc nous sommes sans texte; ce sont, à la lettre, les interprètes qui font la loi. Au législateur il n'y a rien à répondre. Toutefois on nous permettra de demander de quel droit les interprètes admettent des exceptions à la règle qu'ils posent? Ceci est l'arbitraire le plus pur.

La jurisprudence est tout aussi incertaine et tout aussi inconséquente. C'est à peine si l'on peut dire qu'elle a une doctrine. On lit dans un arrêt de la cour de cassation que la voie de l'inscription en faux n'est pas requise lorsque l'indication faite par le testateur lui-même d'une fausse date dans son testament olographe est invoquée au seul effet, non pas de déclarer le testament faux, mais de le déclarer nul pour défaut d'accomplissement d'une formalité légale (3). Cela veut-il dire que l'inscription en faux est requise lorsque l'on soutient que le testament est faux? Et quand est-il faux? Suffit-il qu'il y ait une fausse date, ou une date frauduleuse? On ne le sait. La jurisprudence admet, dans ce cas, la preuve contraire. Un arrêt de Caen a décidé qu'il n'y avait pas lieu de s'inscrire en faux à raison d'une antidate, parce qu'on n'alléguait pas que l'antidate eût lieu par une intention frauduleuse. Est-ce à dire que l'inscription en faux soit nécessaire dès qu'il

(1) Duranton, t. IX, p. 68, n° 47. Demante, t. IV, p. 271, n° 115 *bis* IX. Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 100, note 3 du § 438. Demolombe, t. XXI, p. 180, n° 162.

(2) Aubry et Rau, t. V, p. 504, et note 9 du § 669.

(3) Rejet, 4 janvier 1847 (Dalloz, 1847, 1, 147). Comparez Douai, 15 avril 1845 (Dalloz, 1845, 2, 159).

y a fraude? On ne le sait, et l'arrêt de rejet ne nous en apprend pas davantage (1). Un autre arrêt de la cour de cassation semble décider la question. « S'il est vrai, dit la cour, en *règle générale*, qu'un testament olographe dont l'écriture est reconnue fasse *pleine foi de sa date*, et que la fausseté de cette date ne puisse être établie que par la voie de l'inscription de faux, ce principe comporte *plusieurs exceptions*, notamment lorsque le testament est imprégné de dol et de fraude (2). » On voit que nous avons raison de nous plaindre de l'incertitude de la jurisprudence. Sur quoi est fondé le principe et où est-il écrit? L'arrêt n'en dit rien. Le principe admet *plusieurs* exceptions; sont-elles écrites quelque part? et si la loi les ignore aussi bien que le principe, comment l'interprète saura-t-il s'il est dans la règle ou dans l'exception?

247. Nous allons parcourir les exceptions que la jurisprudence et la doctrine admettent, et nous y trouverons la même incertitude. Il y a une première exception que nous avons déjà rencontrée (3). La voie de l'inscription en faux n'est pas requise lorsque le testateur a mis une fausse date par erreur ou inadvertance; dans ce cas, la preuve de la fausse date doit se tirer du testament même. Quel est le motif de cette exception? Dans notre opinion, c'est l'application du droit commun; la date ne fait pas foi par elle-même; donc si elle n'est pas reconnue par celui à qui le testament est opposé, la vérité en doit être prouvée; et la sincérité ou la fausseté de la date ne peut être établie que par le testament même, nous en avons dit la raison (n° 198). Dans l'opinion qui accorde à la date force probante jusqu'à inscription de faux, il est difficile de justifier l'exception. Le seul motif que l'on trouve dans les arrêts de la cour de cassation est que l'action tend à l'annulation du testament, en se fondant sur le défaut de l'une des conditions requises pour l'existence du testa-

(1) Caen, 26 décembre 1849, et rejet 12 août 1851 (Dalloz, 1852, 1, 36).
(2) Rejet, 22 février 1853 (Dalloz, 1853, 1, 131).
(3) Rejet, 4 janvier 1847 (Dalloz, 1847, 1, 147).

ment olographe, la fausse date équivalant à l'absence de date (1). Il nous semble que le motif justifie le principe que nous avons enseigné, mais non l'exception que l'on admet dans l'opinion générale. La date est une condition prescrite sous peine de nullité; or, il n'y a de date que si elle est vraie et sincère; de là suit que l'on peut toujours demander la nullité de la date en prouvant qu'elle est fausse, mais comment? Si la date fait foi jusqu'à inscription de faux, nous ne voyons d'autre moyen de l'attaquer que de s'inscrire en faux. Est-ce que, dans un testament authentique, on serait admis à prouver la fausseté de la date sans s'inscrire en faux? Non, certes. Eh bien, l'on prétend que le testateur a la même autorité qu'un notaire; la conséquence logique est qu'une date qu'il met à ses dispositions ne peut pas être attaquée, pas plus que la date du testament par acte public, sinon par l'inscription en faux. En un mot, si tel est le principe, la règle est absolue et ne comporte qu'une seule preuve contraire, l'inscription en faux.

248. Lorsque le testament est attaqué pour insanité d'esprit, captation, suggestion et que la date est fausse, l'on est admis à prouver la fausseté de la date par tous les moyens légaux, même par la preuve testimoniale et les présomptions. La jurisprudence est constante en ce sens, mais les auteurs sont divisés. Bayle-Mouillard objecte, et l'objection nous paraît décisive, qu'il ne faut pas confondre la captation ou les manœuvres frauduleuses qui ont engagé le testateur à faire ses dispositions et la fausse date qu'il y a mise. La fausse date sert à couvrir la fraude, mais en droit elle est indépendante de la fraude, au point de vue de la preuve. Les manœuvres frauduleuses se prouvent par témoins et par présomptions; mais si le demandeur en nullité veut prouver l'époque à laquelle ces manœuvres ont été pratiquées, il est arrêté par la date, qui fait foi jusqu'à inscription de faux; prétend-il que le testament a été antidaté, il faut qu'il commence par renverser cette fausse date : comment et par quelle voie? Si

(1) Rejet, 12 août 1851 (Dalloz, 1852, 1, 36).

la date fait foi jusqu'à inscription de faux, il doit s'inscrire en faux (1).

On objecte l'article 1353, qui permet de prouver la fraude par présomptions et par témoins. L'argument est très-faible, la cour de Caen l'avait invoqué; sur le pourvoi, la cour de cassation, tout en confirmant la décision, n'a pas reproduit le motif que le premier juge avait donné pour la justifier. Est-ce que l'on admettrait les présomptions et la preuve par témoins contre la date d'un testament authentique? Non, certes; or, l'on prétend que la date du testament olographe fait la même foi. Il faut donc une raison qui justifie l'exception. Pour mieux dire, les meilleures raisons du monde ne suffiraient point; la cour de cassation a mille fois jugé qu'il n'y a d'exception à une loi que par une loi, donc pas de texte, pas d'exception. Et où est le texte qui dispense de recourir à l'inscription de faux lorsque le testament est attaqué pour cause de dol? La cour de cassation dit que les mêmes manœuvres qui ont asservi la volonté du testateur au point de lui suggérer des dispositions contraires à ses véritables intentions, ont pu aussi l'entraîner à donner à son testament une fausse date pour le reporter à une époque où il n'y avait encore aucune manœuvre frauduleuse. La cour en conclut que l'antidate n'est pas, dans ce cas, l'objet principal et direct du procès, qu'elle n'est alléguée que comme l'un des éléments de la fraude et comme l'un des moyens qui en ont préparé et facilité le succès; la conséquence est que la fausseté de la date peut être établie à l'aide des mêmes preuves que la fausseté de toutes les autres dispositions (2). Ce raisonnement serait excellent si la date ne faisait pas foi jusqu'à inscription de faux. Mais quand, dans un même débat, il y a des faits qui ne peuvent pas être établis par la même preuve, il faut établir l'existence de chacun d'eux par la preuve légale qui lui est particulière. Je demande à prouver la violation d'un dépôt, c'est un délit; serai-je admis à prouver le dé-

(1) Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, nº 236, 6º, note *a*.

(2) Caen, 19 avril 1852, et Rejet, 22 février 1853 (Dalloz, 1853, 1, 131). Comparez Rejet, 3 mai 1859 (Dalloz, 1859, 1, 273).

pôt par témoins, de même que la violation du dépôt? Non, car le dépôt étant un contrat, on ne peut le prouver par témoins ; il faudra donc que je commence par prouver le dépôt par titre, bien que la preuve du dépôt tende au même but, à la preuve de la violation du dépôt. De même je demande la nullité d'un testament pour captation ; les faits de captation se rapportent à l'année 1870, tandis que le testament est de l'année 1869. Serai-je admis à prouver par témoins que le testament a été écrit en 1870? Non, si la date fait foi jusqu'à inscription de faux, je dois commencer par m'inscrire en faux contre la date.

Il règne tant d'incertitude dans cette difficile matière que l'on trouve un arrêt qui semble laisser le choix au demandeur entre la preuve ordinaire et l'inscription de faux. Dans l'espèce, celui qui attaquait le testament s'était inscrit en faux contre la date. Sur le pourvoi, la cour décida que l'arrêt qui avait admis l'inscription n'avait fait aucun grief au défendeur, en permettant une preuve plus rigoureuse que celle qui aurait pu être faite. Cette décision nous paraît injustifiable (1). Est-ce que les voies de preuve dépendent du choix des parties intéressées? Elles pourraient donc s'entendre pour admettre la preuve testimoniale !

249. On admet une troisième exception lorsque le testament est attaqué pour cause d'incapacité du testateur à l'époque de sa confection. Tous les genres de preuve sont alors admissibles, dit-on (2). Il y a cependant controverse sur ce point. Dans un excellent rapport fait à la cour de cassation, le conseiller rapporteur d'Oms pose comme principe incontestable que le testament olographe fait *pleine foi* de sa date. Il est également certain, dit-il, que si un individu décédait en état d'incapacité légale, telle que l'interdiction, laissant un testament daté d'une époque où il jouissait de la plénitude de ses facultés, l'héritier naturel ne serait pas admis à prouver l'antidate

(1) Rejet, 16 décembre 1829 (Dalloz, au mot *Faux incident*, n° 72).
(2) Caen, 8 avril 1824 (Dalloz, n° 2714, 1°); Bourges, 17 juillet 1841 (Dalloz, n° 2712, 3°); Bruxelles, 22 juin 1822, et Rejet, 15 avril 1825 (*Pasicrisie*, 1822, p. 184; 1825, p. 377).

autrement que par la voie de l'inscription de faux. A ceux qui s'étonneraient que la loi ait donné à un écrit privé la même autorité qu'à un acte authentique, en cette matière, le rapporteur répond que le testateur est législateur; il date et il impose la loi à sa famille pour le temps où il ne sera plus : *Dicat testator et erit lex* (1). On a objecté que les mêmes raisons pour lesquelles on admet toute preuve contraire en cas de fraude doivent faire admettre la preuve contraire en cas d'incapacité; car la date est aussi frauduleuse (2). Il y a du vrai dans cette objection. Si, comme le dit le rapporteur, le testateur est législateur, on ne peut jamais contester la date du testament sans s'inscrire en faux; que si, malgré sa prétendue autorité législative, on permet de combattre la date frauduleuse par témoins et présomptions, pourquoi admettre cette preuve en cas de captation et la rejeter en cas d'incapacité? La vérité est que le testateur n'est jamais législateur, pas plus que fonctionnaire ou notaire; c'est un simple particulier qui date comme il veut, sans donner à la date une force probante; cette force ne peut lui être donnée que par une délégation de l'autorité publique.

§ III. *Du testament par acte public.*

ARTICLE 1. Les solennités.

250. Le code appelle testament par acte public celui qui est reçu par un notaire en présence de quatre témoins, ou par deux notaires en présence de deux témoins (article 971). Ce testament est donc un acte notarié. De là la question de savoir si, outre les formalités spéciales prescrites par le code civil, il faut observer celles que la loi du 25 ventôse an XI prescrit pour tous les actes notariés. La question n'est pas sans difficulté, comme tout ce qui concerne l'abrogation tacite des lois. La loi de ventôse sur le notariat n'est pas abrogée par la loi du 30 ventôse

(1) Rapport sur l'arrêt de rejet du 22 février 1853 (Dalloz, 1853, 1, 132).
(2) Demolombe, t. XXI, p. 175, n° 159.

an XII qui a seulement aboli les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts et les règlements. Les lois intermédiaires portées depuis 1789 ne sont pas comprises dans cette énumération. Nous en avons dit la raison en exposant les principes qui régissent les rapports du code civil et du droit antérieur (1). La loi de ventôse n'étant pas abrogée expressément, naît la question de savoir si le code civil, qui est postérieur, l'a abrogée tacitement et dans quelles limites. On sait que l'abrogation tacite est difficilement admise, il faut qu'il y ait incompatibilité entre la loi ancienne et la loi nouvelle, en ce sens qu'il soit impossible de les appliquer simultanément; il y a nécessité, dans ce cas, d'admettre que le législateur a entendu abroger les dispositions anciennes. Mais si la conciliation est possible, il n'y a pas d'abrogation tacite. Si l'on appliquait ce principe à la loi de ventôse, il faudrait décider que presque toutes ses dispositions doivent recevoir leur application aux testaments, car il y en a très-peu qui soient incompatibles avec les dispositions du code civil. Mais il y a un autre principe qui vient modifier le premier.

On lit, dans les règles de droit du Digeste, que les lois spéciales dérogent aux lois générales et que, dans le concours d'une loi générale et d'une loi spéciale, il faut s'en tenir à cette dernière. Cela est évident quand la loi spéciale est en opposition avec la loi générale; c'est l'application des principes qui régissent l'abrogation. Faut-il aller plus loin et dire que la loi générale ne peut pas même être invoquée dans les points sur lesquels la loi spéciale est muette? Non, car il en résulterait que la loi générale sur le notariat serait abrogée par le code civil, en ce qui concerne les testaments, ce qui certainement n'a pas été l'intention du législateur. On l'avait prétendu dans les premiers temps qui suivirent la publication du code civil; mais les conséquences absurdes qui découlent de cette interprétation l'ont fait rejeter (2). L'absurdité des consé-

(1) Voyez le tome Ier de mes *Principes*, p. 39, no 27.
(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Testament*, sect. II, § III, art II, no 8 (t. XXXIII, p. 513); Cassation, 1er octobre 1810 (Dalloz, no 3139, 1o).

quences n'est pas une objection décisive contre un principe; mais, dans l'espèce, le principe même est contestable. La loi de ventôse veut que le notaire date ses actes sous peine de nullité; le code civil ne dit pas que les testaments doivent être datés. Conçoit-on que l'intention des auteurs du code ait été de dispenser les testaments authentiques de la formalité de la date, alors qu'il la prescrit sous peine de nullité dans les testaments olographes pour des motifs qui s'appliquent identiquement aux testaments notariés? L'abrogation est une question d'intention; or, l'intention, dans l'espèce, ne saurait être douteuse.

Ce second principe ne résout pas la difficulté, il la complique. Les deux lois doivent être combinées, mais non appliquées simultanément dans toutes leurs dispositions. Quand un point est réglé dans les deux lois, ne faut-il pas admettre que la loi spéciale déroge à la loi générale? On l'admet, et avec raison; le testament est un acte spécial; donc quand une forme est établie pour les actes notariés en général et que la disposition analogue du code sur les testaments diffère de celle de la loi de ventôse, il faut s'en tenir à celle du code et ne pas appliquer celle de la loi de ventôse, quand même les deux dispositions seraient compatibles; ici le principe de la spécialité l'emporte, parce que telle est la volonté probable du législateur. A plus forte raison, le code civil abroge-t-il la loi de ventôse quand il reproduit, mais en partie seulement, une règle tracée avec plus d'étendue par la loi de ventôse; l'intention du législateur, de réduire l'ancienne disposition et d'en limiter l'application en matière de testaments, est alors évidente (1).

Il ne faut donc pas prendre au pied de la lettre le considérant d'un arrêt de la cour de cassation qui dit que le code civil, loin de déroger à la loi de ventôse, en établissant des formalités particulières aux testaments publics, en a voulu de plus en plus l'exacte observation, *en tout ce à quoi il n'a pas dérogé d'une manière formelle* (2). C'est

(1) Demante, t. IV, p. 272, n° 116 *bis* II.
(2) Cassation, 1er octobre 1810 (Dalloz, n° 3139, 1°).

le principe de l'abrogation tacite; mais d'après ce que nous venons de dire, le principe de la spécialité modifie la règle générale.

Le code civil étant incomplet, nous sommes forcé de le compléter par la loi de ventôse. Toutefois nous n'écrivons pas un ouvrage sur le notariat; nous nous bornerons donc à constater les formes, en les interprétant par la jurisprudence et la doctrine, sans entrer dans la discussion des points controversés, sauf quand il s'agit d'un principe de droit civil. D'un autre côté, nous renvoyons au titre des *Obligations* les principes généraux sur la matière. C'est morceler le système des formes prescrites pour les testaments; mais l'ordre du code et la nature des formes le veulent ainsi.

N° 1. LE NOTAIRE.

251. Les notaires n'ont le droit d'instrumenter que dans un certain ressort; hors de ce ressort, ils ne sont plus des officiers publics, par conséquent ils ne peuvent pas recevoir d'actes authentiques. Donc ils ne peuvent pas recevoir de testament hors de leur ressort; la prohibition est sanctionnée par la nullité (1).

Les notaires doivent de plus être capables. Il y a une capacité générale requise pour tous les actes; nous en traiterons au titre des *Obligations*. Nous ajournons aussi à ce titre les règles qui régissent la destitution et la suspension, en ce qui concerne la validité des actes reçus par les notaires destitués ou suspendus. Ici nous n'avons à nous occuper que de l'incapacité relative qui frappe les notaires en matière de testaments.

252. La loi de ventôse annule *tout* acte reçu par deux notaires parents ou alliés, en ligne directe à tous les degrés et en collatérale jusqu'au degré d'oncle ou de neveu inclusivement (art. 10 et 68). Cette disposition s'applique aux testaments. Le testament sera donc nul pour le tout,

(1) Loi du 25 ventôse an XI, art. 6 et 68. Coin-Delisle, p. 351, n° 3 de l'article 971.

s'il est reçu par deux notaires parents ou alliés au degré prohibé.

La loi de ventôse porte, article 8 : « Les notaires ne pourront recevoir des *actes* dans lesquels leurs parents ou alliés, en ligne directe à tous les degrés et en collatérale jusqu'au degré d'oncle ou de neveu inclusivement, seraient *parties*. » Cette disposition s'applique-t-elle aux testaments? L'affirmative est certaine. En effet, le testament est un *acte* et le testateur y est *partie*, sinon il faudrait dire qu'il n'y a aucune *partie* dans le testament, car le testateur seul y figure (1).

La loi de ventôse défend aussi aux notaires, sous peine de nullité, de recevoir des actes qui contiendraient des dispositions en faveur de leurs parents ou alliés au même degré. La sanction est toujours la nullité (art. 10 et 68). Est-ce la disposition que la loi frappe de nullité ou est-ce tout le testament? Le texte ne laisse aucun doute, tout le testament est nul. Cela n'est-il pas contraire au vieil adage d'après lequel *utile per inutile non vitiatur?* Non, l'adage s'applique aux nullités qui concernent le fond de la disposition : le testament peut contenir une substitution fidéicommissaire nulle et un legs valable. Il n'en est pas de même quand le testament est nul en la forme ; la forme concerne nécessairement l'acte tout entier; et quand la loi fait d'une forme une condition substantielle de l'acte, l'acte tout entier est vicié et par conséquent nul.

Le notaire peut-il recevoir un testament par lequel lui-même est gratifié? Non, d'après l'opinion unanime des auteurs et de la jurisprudence. Mais, chose singulière : il n'y a point de texte formel (2). Les mots de l'article 8 de la loi de ventôse, *ou qui contiendraient quelques dispositions en leur faveur,* ne s'appliquent qu'aux parents et alliés du notaire; la construction grammaticale de la phrase le prouve (3). On a cité l'article 900, aux

(1) Coin-Delisle, p. 351, n° 8 de l'article 971. Voyez la jurisprudence dans Dalloz, n°s 2831 et suiv.
(2) Coin-Delisle, p. 353, n° 14 de l'article 971.
(3) Un arrêt de Riom, du 23 mai 1855, cite l'article 8 de la loi de ventôse (Dalloz, 1857, 5, 224, n° 6).

termes duquel les conditions contraires aux bonnes mœurs sont réputées non écrites (1). Cette interprétation est inadmissible; l'article dit que les conditions immorales sont effacées et que le testament subsiste. Est-ce que, dans un testament reçu par le notaire légataire, il y a des conditions immorales que l'on efface? Il n'y a, à vrai dire, d'autre motif de nullité qu'un argument *à fortiori*. Conçoit-on que le notaire ne puisse recevoir un testament par lequel son neveu serait gratifié, tandis qu'on lui permettrait de recevoir un testament dans lequel il serait lui-même institué légataire (2)? L'inconséquence serait certes inexplicable. Mais l'inconséquence suffit-elle pour étendre une nullité? Cela nous paraît bien douteux. Si l'on admet la nullité, il faut lui conserver le caractère qu'elle a dans l'article 8 de la loi de ventôse, c'est-à-dire que tout le testament sera nul. C'est l'opinion générale (3).

Nº 2. LES TÉMOINS.

I. *Nombre des témoins.*

253. Les actes notariés ordinaires sont reçus par deux notaires ou par un notaire et *deux* témoins. D'après l'article 971, il faut *quatre* ou *deux* témoins, suivant qu'il y a un ou deux notaires. Quelle est la raison de cette différence? L'orateur du gouvernement explique la loi comme suit : « Quant aux testaments par actes publics, on a pris un terme moyen entre les solennités prescrites par le droit écrit et celles usitées dans les pays de coutumes. Il suffisait, dans ces pays, qu'il y eût deux notaires ou un notaire et deux témoins. Dans les pays de droit écrit, les testaments nuncupatifs écrits devaient être faits en présence de sept témoins au moins, y compris le notaire. La liberté de disposer ayant été en général beaucoup augmentée dans les pays de coutumes, il était convenable

(1) Coin-Delisle, p. 354, nº 15 de l'article 971.
(2) Orléans, 5 mai 1849 (Dalloz, 1849, 2, 113).
(3) Dalloz, au mot *Notaire*, nºs 406 et 411. En sens contraire, Coin-Delisle, p. 355, nº 16 de l'article 971.

d'ajouter *aux précautions prises pour constater la volonté des testateurs ;* mais en exigeant un nombre plus considérable que celui qui est nécessaire pour atteindre ce but, on eût assujetti à une grande gêne ceux qui disposent, et peut-être les eût-on exposés à se trouver souvent dans l'impossibilité de faire ainsi dresser leurs testaments. » Le rapporteur du Tribunat s'exprime à peu près dans les mêmes termes. « Il y aura des témoins même avec les deux notaires, non que la loi se méfie des notaires, mais parce que les testaments se faisant le plus souvent à l'extrémité de la vie, il était utile de *multiplier* les *surveillants,* en faveur d'un individu qui peut être assiégé par l'intrigue et par la cupidité (1). » Ainsi les témoins sont des *surveillants* qui ont pour mission de *constater la volonté des testateurs,* en ce sens qu'ils sont une garantie que la volonté du testateur est libre; c'est dans ce but qu'on a *multiplié* leur nombre. Le législateur ne s'est-il pas fait illusion? Il a augmenté les chances de nullité en augmentant le nombre des témoins; bien des testaments ont été annulés parce que l'un des témoins n'avait pas la capacité exigée par la loi. Est-ce à dire que ces testaments ne fussent point la libre expression de la volonté des testateurs? L'œuvre de la captation et de la suggestion est consommée quand les témoins et le notaire se présentent; la volonté du testateur n'est plus libre, et la présence du notaire et des témoins ne lui rend pas la liberté. Nous reviendrons plus loin sur la mission des témoins; la question a donné lieu à d'interminables controverses.

254. Il est arrivé que l'on a appelé au testament plus de deux ou de quatre témoins pour diminuer les chances de nullité résultant de leur incapacité. Sera-ce une cause de nullité? Il a été jugé que la loi, n'ayant pas prévu ce cas, n'a pu en faire une cause de nullité; or, les nullités ne peuvent jamais être suppléées. Et si le législateur avait prévu l'hypothèse, il se serait bien gardé de prononcer la nullité, puisque, dans l'esprit de la loi, le

(1) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, nº 58 (Locré, t. V, p. 329. Jaubert, Rapport, nº 56 (Locré, t. V, p. 355).

nombre des témoins est une garantie pour le testateur contre les surprises qu'elle redoute; donc le nombre surabondant de témoins est toujours salutaire, dit la cour de Bourges, et ne peut jamais nuire (1).

Si parmi les témoins il y a des incapables, leur incapacité ne nuira pas, pourvu qu'il en reste deux ou quatre qui réunissent les qualités exigées par la loi. La cour de cassation l'a décidé ainsi dans un cas où le notaire avait appelé surabondamment des témoins pour constater l'identité du testateur, qui était déjà suffisamment établie. Il y avait un motif de douter; quels témoins étaient incapables : étaient-ce les témoins certificateurs, ou étaient-ce les témoins appelés au testament? L'acte gardant le silence à cet égard, la cour de cassation décida que le testament était valable par la présence d'un nombre suffisant de témoins capables (2).

255. Le nombre de deux ou de quatre témoins étant nécessaire pour la validité du testament, il faut qu'il soit prouvé par l'acte même que le testament a été reçu en présence de deux ou de quatre témoins. Cela est constaté par la mention de leurs noms, que le notaire doit faire d'après la loi de ventôse (art. 12) et par la signature qu'ils doivent apposer à l'acte en vertu de la même loi (art. 14). Pour que la mention ainsi faite soit suffisante, il faut naturellement que les noms des témoins indiqués par le notaire concordent avec leurs signatures. Il est cependant arrivé que, malgré la différence entre la signature et le nom mentionné à l'acte, le testament a été maintenu; le témoin était connu indistinctement sous deux noms, le notaire avait indiqué l'un et le témoin avait signé l'autre; aucun doute n'existait sur l'identité du témoin; dès lors il n'y avait pas de motif d'annuler le testament (3).

II. *Des conditions légales de capacité.*

256. En principe, tout Français est capable d'être témoin; la capacité est la règle et l'incapacité l'exception.

(1) Bourges, 14 juin 1815 (Dalloz, n° 3095).
(2) Rejet, 6 avril 1809 (Dalloz, n° 3096).
(3) Grenoble, 7 avril 1827 (Dalloz, n° 3102).

Les exceptions sont de stricte interprétation, et notamment celles qui créent des incapacités. Donc il faut un texte pour qu'il y ait une incapacité légale. Nous dirons plus loin que ce principe ne s'applique pas aux incapacités naturelles.

L'incapacité étant l'exception, celui qui attaque le testament doit prouver que les témoins sont incapables. On a soutenu le contraire. L'héritier, dit-on, ne doit prouver que le lien de parenté qui lui donne droit à la succession. C'est au légataire qui lui oppose le testament de prouver la validité de l'acte par lequel il est institué; or, le testament n'est valable que si les témoins sont capables; donc c'est à lui de prouver leur capacité. A cela le légataire peut répondre qu'il n'a qu'une chose à prouver, l'existence d'un testament reçu par un notaire et signé de deux ou de quatre témoins; la capacité étant la règle, c'est à l'héritier, qui prétend que les témoins sont incapables, à en faire la preuve (1).

257. L'article 980 porte : « Les témoins appelés pour être présents aux testaments devront être mâles, majeurs, sujets de l'empereur, jouissant des droits civils. »

Pourquoi les témoins doivent-ils être mâles? Le code exige aussi que les témoins produits aux actes de l'état civil soient du sexe masculin. C'est donc un principe général de notre législation. Quelle en est la raison? On dit que les testaments sont des actes *pour ainsi dire législatifs,* puisque le testateur, en manifestant ses dernières volontés, fait une loi qui doit lui survivre; de là on conclut que les témoins appelés à concourir à la foi de ces actes exercent une *espèce de fonction publique* ou civique (2). Ce sont des idées romaines; dans nos idées modernes, le testateur est un propriétaire qui dispose de ses biens. Aussi n'ose-t-on pas dire qu'il est législateur, on y ajoute un *pour ainsi dire*. On n'ose pas dire que les témoins sont des fonctionnaires, on dit qu'ils exercent une *espèce de fonction publique*. A quoi bon ces compa-

(1) Bruxelles, 22 février 1811 (rapporté par Merlin, *Répertoire*, t. XXXIII, p. 31, note).
(2) Colmar, 13 février 1818 (Dalloz, n° 3170, 2°).

raisons qui ne sont pas des raisons? Les orateurs du gouvernement et du Tribunat nous ont dit les motifs pour lesquels on appelle des témoins, alors même qu'il y aurait deux notaires; ils doivent garantir la libre expression de la volonté du testateur; ils sont donc les organes de la société dans un acte d'une haute gravité, puisque le testateur, en disposant de ses biens, déroge à la loi de la nature. Cela suffit pour expliquer la théorie du code.

258. Les témoins doivent être majeurs. C'est l'application d'un principe général; le majeur seul est capable de tous les actes de la vie civile (art. 488). Il en est ainsi quand même ces actes ne le concernent pas personnellement. La loi punit l'héritier qui, instruit du meurtre du défunt, ne l'aura pas dénoncé à la justice, en le déclarant indigne de succéder; mais l'indignité ne frappe que l'héritier majeur. Le mineur est donc incapable de tout acte civil; partant il ne pouvait pas figurer au testament comme représentant de la société.

259. Les témoins doivent être *sujets de l'empereur*. Qu'entend-on par là? La question, quoique controversée, n'est guère douteuse. D'après l'ordonnance de 1735 (article 40), les témoins devaient être *regnicoles;* ce mot était synonyme de *Français;* on excluait par conséquent les étrangers; l'article 40 lui-même le prouve, car après avoir exigé la qualité de *regnicole* en règle générale, il y apporte une exception pour les testaments militaires, dans lesquels les *étrangers* pouvaient servir de témoins. Le droit d'être témoin était donc un de ces droits civils dont les Français seuls jouissent. Domat s'explique sur ce point dans des termes qui ne laissent aucun doute. « Nous appelons *regnicoles* les *sujets du roi,* et les étrangers sont ceux qui sont sujets d'un autre Etat; or, ceux de cette qualité qui n'ont point été naturalisés par lettres du roi sont dans cette incapacité réglée par nos lois et par nos usages (1). » Le projet de code civil, tel qu'il fut adopté en l'an XI, portait le mot de *républicole,* qui rendait exactement le sens de *regnicole.* Il fut remplacé, dans l'édition

(1) Domat, livre préliminaire, tit. II, sect. II, n° 11.

officielle de 1807, par l'expression de *sujet de l'empereur*, qui rend l'idée expliquée par Domat; l'étranger n'est pas sujet de l'empereur, puisqu'il est sujet d'un autre Etat. Donc l'étranger ne peut être témoin. Il resterait incapable quand même, en vertu de traités ou d'une autorisation royale, il aurait la jouissance des droits civils en France, car la jouissance des droits civils ne lui donne point la qualité de Français, de sujet. C'est l'opinion générale des auteurs et de la jurisprudence, sauf quelques dissentiments sur lesquels il est inutile d'insister; la question a cessé d'être controversée, et nous ne voyons aucune utilité à revenir sur des controverses qui n'ont aucun fondement ni dans la tradition, ni dans le texte, ni dans l'esprit de la loi (1).

260. Enfin les témoins doivent *jouir des droits civils*. Qu'entend-on par là? Dans le langage des lois, on distingue la *jouissance* des droits civils et l'*exercice* de ces droits; les incapables ont la jouissance des droits, ils n'en ont pas l'exercice. L'article 980 exige-t-il l'*exercice*, ou la *jouissance* suffit-elle? Il y a sur ce point quelque hésitation dans la doctrine, et il ne devrait pas y en avoir, puisque le texte est formel. Duranton dit qu'il faut l'exercice des droits civils; c'est changer la loi. Coin-Delisle demande une jouissance active, ce qui aboutit à remplacer la jouissance par l'exercice, donc à modifier la loi (2). La question n'a d'intérêt pratique que pour les interdits, les mineurs et les femmes étant exclus par l'article 980. A notre avis, il n'y a aucun doute; il faut appliquer le principe que tout le monde admet : pas d'incapacité sans texte. Et où est le texte qui déclare les interdits incapables d'être témoins? On cite l'article 509, qui assimile l'interdit au mineur; mais il suffit de lire l'article pour se convaincre que cette assimilation n'a point le sens absolu qu'on lui prête. On prétend que l'interdit est frappé d'une incapacité absolue; nous avons répondu d'avance à l'objection,

(1) Merlin a approfondi ces questions (*Répertoire*, au mot *Témoin instrumentaire*, § II, n° III, t. XXXIII, p. 31 et suiv.). Comparez Rejet, 23 janvier 1811, et Colmar, 13 février 1818 (Dalloz, n° 3170).

(2) Duranton, t. IX, p. 136, n° 106. Coin-Delisle, p. 412, n° 8 de l'article 980.

en expliquant les effets de l'interdiction. La question est si simple que nous croyons inutile d'insister (1).

Il y a des condamnations pénales qui privent le condamné de la jouissance de certains droits civils et politiques, notamment du droit d'être témoin aux actes. Cette privation est perpétuelle ou temporaire, selon la gravité des peines. Nous renvoyons à ce qui a été dit dans le tome I[er] de nos *Principes* (n° 404, p. 509).

261. Les conditions de capacité requises par l'article 980 diffèrent des conditions exigées par la loi de ventôse. Aux termes de l'article 9 de cette loi, les témoins doivent être citoyens français, sachant signer et domiciliés dans l'arrondissement communal où l'acte est passé. La différence porte sur deux points. La loi de ventôse exige la qualité de *citoyen*, le code civil se contente de la qualité de Français. Si donc les lois politiques établissent certaines conditions pour être citoyen, ces conditions s'appliquent aux témoins des actes notariés en général; il en était ainsi de la constitution de l'an VIII, qui régissait la France lors de la publication du code civil; mais ces conditions n'étaient pas applicables aux témoins des testaments. En ce point, la dérogation est certaine, puisque le code exige moins que la loi de ventôse. La seconde différence concerne le domicile; la disposition de la loi de ventôse qui exige le domicile doit-elle être appliquée aux testaments? Il y a controverse, mais il n'y a vraiment pas lieu de controverser. Sans doute si l'on s'en tenait au principe général de l'abrogation tacite, on pourrait dire qu'il n'y a pas incompatibilité entre la loi de ventôse et le code civil pour ce qui concerne le domicile, puisque le code civil ne parle pas du domicile. Mais le principe de la spécialité de la loi domine en cette matière (n° 250); or, la disposition de l'article 980 est spéciale, puisqu'elle est moins rigoureuse que celle de la loi de ventôse; elle se contente de la qualité de Français et elle n'exige pas le domicile; la disposition spéciale de l'article 980 déroge

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 507, note 10, et les auteurs qu'ils citent. Comparez le tome V de mes *Principes*, p. 365, n° 308.

donc en ce point à la disposition générale de l'article 9. La dérogation est admise par tout le monde pour la qualité de Français; or, conçoit-on qu'une seule et même disposition sur un même point, les qualités des témoins, déroge à la loi ancienne et la maintienne tout ensemble? Telle ne peut être l'intention du législateur. C'est à dessein qu'il s'est montré moins rigoureux pour les testaments, d'abord parce qu'il faut un plus grand nombre de témoins, ce qui augmente le danger de nullité; ensuite parce que les testaments, par leur nature, exigent le secret, et que le secret, pour qu'il soit observé, demande des témoins discrets, donc une certaine latitude de choix.

La jurisprudence est en ce sens, mais elle est assez mal motivée, sauf un arrêt de la cour de Bruxelles qui applique le principe de la spécialité des lois (1). Nous devons même signaler une erreur de droit dans un arrêt de la cour de cassation : « Considérant, dit la cour, que le code civil a, dans les articles 974, 975 et 980, prescrit les conditions qui constituent la capacité des témoins dans un testament; qu'il a par conséquent abrogé, aux termes de la loi du 30 ventôse an XII, les dispositions qui, dans les lois précédentes, étaient relatives à cette capacité (2). » Si la loi du 30 ventôse an XII est applicable aux lois intermédiaires, il faut aller beaucoup plus loin que l'arrêt de la cour de cassation. En effet, d'après la loi de l'an XII, il suffit qu'une *matière* soit l'*objet du code civil* pour que les lois anciennes qui règlent cette matière soient abrogées en entier. Or, la matière des formes testamentaires fait certainement l'objet du code civil; donc par application de la loi du 30 ventôse, il faudrait décider que la loi sur le notariat est abrogée en ce qui concerne les testaments. Il faut laisser de côté la loi de l'an XII; le texte même de l'article 7, comme nous l'avons dit ailleurs, prouve

(1) Bruxelles, 5 juin 1816, et Rejet, 19 février 1819 (*Pasicrisie*, 1816, p. 143, et *ibid.*, 1819, p. 322) Comparez Liége, 14 juin 1833 (*Pasicrisie*, 1833, p. 179); Bordeaux, 18 août 1823 (Merlin, *Répertoire*, au mot *Témoin instrumentaire*, § II, 22° (t. XXXIII, p. 58).

(2) Cassation, 24 janvier 1826. Voyez cet arrêt et toute la jurisprudence dans Merlin, *Répertoire*, au mot *Témoin instrumentaire*, § II, n° III, 23° (t. XXXIII, p. 56 et suiv.), et Dalloz, n° 3137.

qu'il ne reçoit pas d'application aux lois portées depuis la révolution de 1789 (1).

La doctrine et la jurisprudence française admettent assez généralement que les faillis non réhabilités ne peuvent être témoins dans un acte notarié; on le décide ainsi par application de la loi du 25 ventôse an XI, combinée avec la constitution de l'an VIII (2). Comme la loi de ventôse ne reçoit pas d'application aux témoins testamentaires, il s'ensuit que les faillis sont capables. C'est la conséquence du principe qu'il n'y a pas d'incapacité sans texte (3).

262. La loi du 25 ventôse an XI veut que les actes reçus par des notaires énoncent les noms des témoins instrumentaires et leur demeure. Cette disposition est applicable aux testaments. Il a été jugé que le testament est nul quand il ne mentionne pas la demeure des témoins (4). C'est une formalité très-importante; elle permet aux héritiers de vérifier si les témoins réunissent les conditions de capacité prescrites par la loi; de plus, la présence des témoins est souvent nécessaire dans les débats qui s'élèvent sur la validité des testaments; il faut donc que les parties intéressées connaissent leur demeure.

III. *Des incapacités naturelles ou accidentelles.*

263. Y a-t-il des incapacités naturelles, c'est-à-dire des obstacles qui mettent les témoins dans l'impossibilité de remplir la mission pour laquelle ils sont appelés au testament, et qui, en ce sens, les rendent incapables d'y assister? On admettait ces incapacités naturelles en droit romain et dans l'ancienne jurisprudence, en partant du

(1) Voyez le tome Ier de mes *Principes*, p. 36, nos 25 et suiv.

(2) Amiens, 8 juillet 1873 (Dalloz, 1874, 2, 91, et les autorités citées en note).

(3) Bruxelles, 29 janvier 1872 (*Pasicrisie*, 1872, 2, 141, et les autorités citées en note).

(4) Merlin, *Répertoire*, au mot *Témoin instrumentaire*, § II, no III, 21o, et au mot *Testament*, sect. II, § III, art. II, no 8. Voyez la jurisprudence dans Dalloz, no 2139.

principe que pour être témoin il faut avoir les organes conformés de manière à pouvoir s'assurer de ce que font le testateur et le notaire. De là on concluait que les insensés étaient incapables, de même que les sourds, les muets et les aveugles. Le principe des incapacités naturelles est admis par tous les auteurs modernes. Quel est le but du législateur lorsqu'il exige que des témoins soient appelés à un testament? C'est d'empêcher que le testateur ne soit victime des captations et suggestions, et par suite de garantir l'accomplissement exact de toutes les formalités que le législateur a établies pour assurer la liberté du testateur. Pour atteindre ce but, il faut que les témoins voient le testateur, qu'ils l'entendent dicter ses dispositions, qu'ils voient le notaire écrire ce que le testateur lui dicte, qu'ils entendent la lecture de ce que le notaire a écrit, afin qu'ils puissent certifier par leur signature que tout ce que le notaire a mentionné dans l'acte est conforme à la vérité (1).

Il y a cependant une objection très-sérieuse contre la doctrine des incapacités naturelles. N'est-il pas de principe que la capacité est la règle et l'incapacité l'exception? N'est-il pas de principe également qu'il n'y a de nullités, en matière de testaments, que celles qui sont établies par la loi? Les incapacités naturelles paraissent contraires à ces deux principes. En effet, la loi ignore ces incapacités; elle énumère les conditions requises pour être témoin (art. 980); elle énumère encore les incapacités relatives des témoins (art. 975) : n'est-ce pas dire qu'il n'y en a pas d'autres? Et quand la loi garde le silence sur les incapacités dites naturelles, on ne conçoit pas que le juge prononce la nullité de ce chef. Pour échapper à l'objection, on dit qu'il ne s'agit pas d'incapacité, mais d'impossibilité; le témoin qui est privé de sa raison, ou à qui il manque un organe essentiel du corps, est capable, mais l'infirmité dont il est affecté ne lui permet pas de remplir le ministère auquel on l'appelle (2). Ce raison-

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Témoin instrumentaire*, § II, n° III, 4°. Dalloz, n° 3153; Aubry et Rau, t. V, p. 506 et note 5, § 670.
(2) Coin-Delisle, p. 420, n° 35 de l'article 980.

nement nous paraît plus subtil que vrai. Ce que l'on appelle impossibilité est, en réalité, une incapacité. Le témoin a été appelé, il est présent; on demande néanmoins la nullité du testament. Pourquoi? Ce n'est pas que le nombre des témoins fasse défaut, c'est à raison de leur qualité, donc pour une incapacité. Aussi les auteurs disent-ils que ces impossibilités constituent des incapacités naturelles. Mais alors l'objection revient.

Il y a une autre réponse à faire, c'est que les incapacités naturelles sont réellement établies par la loi, en ce sens qu'elles découlent nécessairement d'une formalité qu'elle prescrit; ce qui permet d'appliquer l'article 1001, parce qu'il y a une formalité qui n'a pas été observée. Il faut donc prouver que les incapacités ont leur racine dans la loi; il y en a pour lesquelles cela est douteux.

264. Les auteurs ne discutent pas même la question de savoir si un furieux, un insensé, un idiot peuvent être témoins; ils se contentent de dire qu'ils ne peuvent pas l'être. Et, en vérité, il faudrait que le testateur et le notaire fussent eux-mêmes frappés de folie pour appeler à un testament des hommes qui n'auraient pas l'usage de leur raison. Toutefois il faut un texte qui permette de prononcer la nullité. Nous croyons que l'article 971 suffirait pour motiver l'annulation du testament; il veut que les témoins soient présents au testament; or, peut-on dire qu'ils sont présents s'ils n'ont pas leur raison? Quand la raison est absente, le malheureux qui en est privé est aussi absent. Ceci n'est pas un jeu de mots. En exigeant la présence, la loi veut une présence intellectuelle, et non la présence du corps, parce que ce n'est pas le corps qui témoignera au besoin, c'est l'âme.

265. En droit romain, le muet ne pouvait être témoin. On s'accorde à dire que cette incapacité ne subsiste plus. Elle tenait à une forme spéciale du testament nuncupatif: le témoin devait promettre au testateur de rendre témoignage de ses dispositions. Cette promesse n'étant pas requise par nos lois, il reste à voir si l'infirmité physique du muet l'empêche d'être témoin. Il n'y a aucun texte d'où l'on puisse induire cette incapacité, ni la nullité qui en

résulterait. Le témoin voit et il entend; on suppose qu'il sait rendre compte de ce qu'il a vu et entendu. Cela suffit; il n'est pas requis que le muet sache écrire, aucune loi ne l'exige, et l'esprit de la loi pas davantage; le langage des signes est devenu aussi certain que celui de l'écriture. Dès lors il est satisfait à la loi. Tous ces points sont cependant controversés (1). Si l'intelligence du muet n'avait reçu aucun développement, il serait au rang des idiots, et on lui appliquerait ce que nous venons de dire de ceux qui sont privés de l'usage de leur raison.

266. La cécité absolue est-elle une cause d'incapacité? On ne peut pas dire des aveugles ce que nous venons de dire des muets dont l'intelligence n'est pas développée, à moins que l'éducation du témoin aveugle n'ait été complétement négligée. Mais si l'aveugle a sa raison, il ne peut pas s'en servir à tout usage; et précisément ce que la loi exige du témoin, l'aveugle ne peut pas le faire. Il ne suffit pas que le témoin comprenne ce que le testateur dit et ce que le notaire lit; il faut que le témoin voie que le testateur dicte et que le notaire écrit; il faut qu'il voie que les témoins sont présents à la lecture et qu'il puisse s'assurer, au besoin, si le notaire lit ce qu'il a écrit. C'est en ce sens que la loi veut que les témoins soient *présents* à tout le testament, à tout ce qui se fait. L'aveugle n'est pas présent en ce sens, donc l'article 971 est violé et le testament est nul. Les auteurs sont d'accord sur ce point (2).

267. Le sourd peut-il être témoin? Ici commence le doute; la solution dépend de l'idée que l'on se fait de la mission des témoins. Si les témoins n'ont qu'une mission matérielle, c'est-à-dire s'ils sont appelés pour attester la présence du testateur et le fait d'une dictée quelconque, dont ils ne comprennent pas le sens, et d'une lecture qu'ils n'entendent pas, on doit dire que le sourd peut être témoin. Si, au contraire, le témoin est celui qui peut témoigner de ce qui se passe sous ses yeux, il faut décider que

(1) Voyez les diverses opinions dans Aubry et Rau, t. V, p. 506, note 8, et Demolombe, t. XXI, p. 208, note 54.
(2) Coin-Delisle, p. 415, nº 22 de l'article 980, et tous les auteurs.

le sourd ne peut être témoin, pas plus que l'aveugle, pas plus que celui qui est privé de l'usage de sa raison. Telle est l'opinion générale (1).

268. Nous arrivons à une incapacité accidentelle sur laquelle il y a une grande divergence d'avis. Les témoins doivent-ils comprendre la langue du testateur et celle dans laquelle le notaire rédige le testament? D'après la législation française, les notaires doivent rédiger le testament en français, comme nous le dirons plus loin; il arrive assez souvent que les témoins et le testateur même ne comprennent pas le français; le testament sera-t-il valable? La question s'est présentée bien des fois en Belgique, dans les provinces flamandes, sous l'empire et sous le royaume des Pays-Bas. Depuis que l'usage des langues est devenu facultatif, le testament est ordinairement rédigé dans la langue que parlent le testateur et les témoins; alors toute difficulté disparaît. En France, elle subsiste. Les auteurs qui tiennent compte des principes plus que des faits enseignent généralement que ceux qui ne comprennent pas la langue du testateur sont comparables aux sourds; c'est l'expression de Toullier; ils ne peuvent être témoins parce qu'ils ne peuvent comprendre ce que le testateur dicte, de même qu'ils ne peuvent comprendre ce que le notaire écrit quand ils ne connaissent pas la langue dans laquelle le testament est rédigé; et comment seraient-ils témoins de ce qu'ils n'entendent pas? Merlin dit que la négative ne saurait être douteuse pour quiconque ne consulte que sa raison. A quoi servent, en effet, dans un testament, des témoins qui voient le testateur parler et le notaire écrire, mais qui ne comprennent ni ce que l'un dit ni ce que l'autre écrit? Il est évident, dit Merlin, qu'ils n'y remplissent pas l'objet de la loi. Les témoins, suivant l'expression de Ricard, sont des contrôleurs que la loi place à côté du notaire pour le surveiller. Si les contrôleurs ne sont là que comme des statues, les vues de la loi seront trompées, il n'y aura point de testament (2).

Il y a cependant des motifs de douter très-sérieux, et

(1) Coin-Delisle, p. 415, n° 22 de l'article 480.
(2) Toullier, t. III, 1, p. 219, n° 393. Merlin, *Questions de droit*, au mot

avant tout le silence de la loi. Y a-t-il une incapacité sans loi et une nullité sans texte? Non, disent presque toutes les cours. Aucune loi n'exige que les témoins connaissent la langue du testateur et celle dans laquelle le testament est écrit. Vainement invoque-t-on les meilleures raisons pour exiger cette connaissance; la chambre de cassation de Bruxelles répond que l'on ne fonde pas une nullité sur des raisons de théorie, qu'il faut un texte; or, dit-elle, le code ne détermine pas, au moins en termes exprès, quel est le véritable objet de la présence des témoins; peut-on casser un arrêt pour avoir violé une loi qui n'existe point (1)? Ce motif a aussi entraîné la cour de Liége : exiger que les témoins connaissent la langue du testateur, c'est ajouter aux formalités que la loi a prescrites pour la validité des testaments; qu'importent les inconvénients qui résultent de leur ignorance de la langue? Ils n'autorisent pas le juge à créer des nullités qui ne sont pas établies par la loi (2).

L'objection paraît décisive; toutefois la jurisprudence même y donne la réponse. On lit, dans l'arrêt de la cour de Liége de 1817, que les nullités peuvent résulter de l'essence de l'acte. C'est l'expression de Daniels, qui remplissait en 1816 les fonctions de procureur général à Bruxelles. Daniels a réfuté d'avance l'arrêt qui a été rendu sur ses conclusions. Que dit la cour de Bruxelles? Pas d'incapacité et pas de nullité sans texte, et il n'y a point de texte qui prescrive, sous peine de nullité, que les témoins connaissent la langue du testateur. Et que dit Daniels? « On se tromperait sur le véritable sens du code civil si l'on posait en principe que tout individu peut être témoin dans un acte de dernière volonté, du moment qu'il réunit les qualités prescrites par l'article 980. *Le con-*

Testament, § XVII (t. XV, p. 418). Demolombe, t. XXI, p. 209, n[os] 196 et 197, et les auteurs qu'il cite.

(1) Bruxelles, 13 février et 13 septembre 1808 (Dalloz, n° 3130). Rejet de la chambre de cassation, 11 juillet 1816 (*Pasicrisie,* 1816, p. 167). Comparez la critique que Merlin fait de ces arrêts, *Questions de droit,* au mot *Testament,* § XVII, art. IV, 1° (t. XV, p. 436).

(2) Liége, 31 janvier 1817 (*Pasicrisie,* 1817, p. 324) et 4 décembre 1834 (*ibid.,* 1834, 2, 267).

traire nous paraît évident. Il suffit que le législateur exige un nombre déterminé de *témoins,* pour en conclure que le testament est nul lorsque, parmi les personnes appelées comme témoins, il y en a qui ne réunissent pas les qualités essentielles sans lesquelles on ne sait pas distinguer le *vrai du faux* et l'*apparence de la réalité.* Si un testament avait été fait en présence d'un témoin qui fût en état de démence, nous dirions, sans hésiter, que le testament est nul et que le jugement qui en prononcerait la validité devrait être cassé comme violant l'article 971; en effet, cet article exige des *témoins,* et par conséquent des personnes qui, outre les qualités prescrites par le code, ont les qualités *naturelles* et *essentielles,* sans lesquelles il est impossible d'apercevoir la vérité et d'en rendre témoignage (1). »

C'est la doctrine que nous avons enseignée, d'accord avec tous les auteurs, sur les *incapacités naturelles.* Il y a incapacité et nullité, en vertu de l'article 971, si le témoin ne peut pas remplir les fonctions qui constituent l'essence de son ministère. Reste à savoir quelle est sa mission? Sur ce point, notre perplexité est grande, car nous trouvons en désaccord les magistrats les plus éminents qui aient occupé le siége du ministère public, Merlin et Daniels. Les témoins doivent-ils comprendre la langue du testateur pour qu'ils soient en état d'apercevoir la vérité et d'en rendre témoignage? Daniels dit non, Merlin dit oui; et les bonnes raisons ne manquent ni à l'un ni à l'autre.

Merlin cite les paroles de l'orateur du gouvernement que nous avons rapportées (n° 253) : les témoins sont appelés pour constater la volonté du testateur, donc ils doivent la comprendre, sinon ce sont des statues et non des témoins. Les témoins sont les contrôleurs du notaire, donc ils doivent comprendre la lecture que le notaire fait du testament, afin de s'assurer que le notaire a écrit ce que le testateur lui a dicté. Merlin demande ce que de-

(1) Les conclusions textuelles de Daniels sont rapportées dans la *Pasicrisie,* 1817, p. 317 et suiv.

viendra la lecture du testament, qui doit être faite au testateur *en présence des témoins,* si l'on admet des témoins qui ignorent la langue du testateur et du notaire, et si le testateur, de son côté, ne comprend pas la traduction que le notaire aurait faite. Il est impossible que dans ce cas la lecture soit simultanée, et cependant la loi veut qu'elle le soit (1).

Merlin dit que le premier devoir des témoins est de contrôler le notaire et de vérifier s'il écrit précisément ce que le testateur lui dicte et si la lecture qu'il donne est conforme à l'écriture. Daniels est d'avis que c'est se faire une idée fausse et exagérée des devoirs d'un témoin instrumentaire. Ni de droit, ni de faitles témoins ne sont des contrôleurs. Ils ne le sont pas de droit, car il faudrait, dans ce système, exiger d'eux qu'ils comprennent non-seulement la langue du testateur et du notaire, mais aussi les termes de droit qu'il emploie. Il faudrait encore que les témoins prissent eux-mêmes lecture du testament; enfin si ce contrôle était une condition de validité du testament, il faudrait qu'il fût constaté par l'acte. Or, la loi ne prescrit rien de pareil, et rien de cela ne se fait. Les témoins, tout en connaissant la langue du testateur, ne comprennent souvent pas les termes dont il se sert; y a-t-il un témoin sur cent qui sache ce que c'est que le droit d'accroissement? Y a-t-il un témoin qui contrôle ce que le notaire écrit et ce qu'il lit? Est-il même possible que les témoins retiennent ce qu'ils ont entendu et compris? Il y a des témoins qui assistent à mille actes par an; comment retiendront-ils tout ce qu'ils ont entendu? En définitive, il n'existe aucune loi qui exige que les témoins prennent eux-mêmes lecture du testament; aucune loi n'exige que les témoins connaissent assez bien la langue du testateur pour vérifier si le notaire a écrit et lu ce que le testateur a dicté. Il n'est pas d'usage de le faire. Donc on ne peut annuler un arrêt qui décide que le testament est valable, quoique les témoins n'aient pu

(1) Merlin, *Questions de droit,* au mot *Testament,* § XVII, art. II (t. XV, p. 431 et suiv.). Et une consultation de Merlin produite devant la cour de Liége (*Pasicrisie,* 1817, p. 311 et suiv.).

faire cette vérification; l'arrêt ne contrevient à aucune loi.

L'embarras des tribunaux est grand lorsqu'il s'agit de définir la mission des témoins; c'est cependant là le vrai point de la difficulté que nous examinons; la question des incapacités naturelles en dépend tout entière. La cour de Bruxelles dit que la présence des témoins est une *sorte de garantie* contre la contrainte ou la suggestion auxquelles le testateur pourrait se trouver exposé; elle en conclut qu'il n'est pas indispensable que les témoins connaissent la langue dans laquelle le testament est écrit (1). La chambre de cassation de la même cour a décidé qu'aucune loi n'ayant dit en termes exprès quel est le véritable objet de la présence des témoins, il est impossible de casser un arrêt par le motif qu'il n'a pas exigé la connaissance de la langue (2). La cour de Nancy abonde dans les idées de Daniels; elle dit que la loi appelle les témoins pour prévenir les dangers d'une supposition ou d'une surprise; il suffit pour cela que le testateur ait été entendu et vu dictant librement ses dispositions, et le notaire les écrivant d'abord, puis en donnant lecture; la loi ne dit pas que les témoins soient les surveillants et les censeurs des notaires; si elle l'avait voulu, elle aurait dû exiger des témoins les moyens et la capacité nécessaires pour exercer leur contrôle; elle ne l'a pas fait, donc on dépasse la loi en exigeant ce qu'elle n'exige point (3). La cour de Metz, au contraire, s'est rangée à l'opinion de Merlin. La présence des témoins, dit-elle, a *évidemment* pour objet de procurer la certitude légale de la sincérité de l'acte; d'où suit qu'il faut *absolument* que les témoins aient tout vu, entendu et compris; il est donc *nécessaire* qu'ils connaissent la langue dans laquelle le testament a été reçu et écrit, et par conséquent le défaut de cette connaissance constitue une véritable incapacité (4).

(1) Bruxelles, 4 novembre 1814 (*Pasicrisie*, 1814, p. 241).

(2) Rejet, chambre de cassation de Bruxelles, 11 juillet 1816 (*Pasicrisie*, 1816, p. 167).

(3) Nancy, 28 juillet 1817 (Merlin, *Questions de droit*, au mot *Testament*, t. XV, p. 447, § XVII, art. 4, rapporte l'arrêt avec des remarques critiques.

(4) Metz, 19 décembre 1816 (Merlin, *Questions de droit*, au mot *Testament*, t. XV, p. 444) et 30 avril 1833 (Dalloz, n° 3128).

On cherche vainement dans la tradition et dans les travaux préparatoires, des motifs de décider. N'est-ce pas le cas de s'en tenir au texte? L'article 971 veut que les témoins soient présents au testament, c'est-à-dire à toutes les formalités que la loi prescrit pour la validité du testament; leur présence est elle-même une forme substantielle. Il faut que les témoins soient présents à la dictée. Pourquoi? Est-ce pour voir le testateur ouvrir et fermer la bouche? C'est à cela que se réduit leur rôle quand ils ne comprennent pas la langue du testateur : ce sont des sourds, dit très-bien Toullier. La loi veut-elle des témoins sourds, de corps ou d'esprit? Elle veut aussi que lecture soit donnée du testament au testateur en présence des témoins, lecture simultanée, afin que le testateur et les témoins s'assurent si le notaire a écrit ce que le testateur a dicté. Dira-t-on, avec Daniels, que c'est au testateur que la lecture est faite, que c'est à lui de s'assurer si le notaire a rendu sa pensée et que les témoins n'ont qu'une chose à voir, si lecture est donnée? Nous répondons que si les témoins ne connaissent pas la langue du testateur et du notaire, ils ne peuvent pas même attester que le notaire a écrit sous la dictée du testateur et qu'il a donné lecture de ce qu'il a écrit. Qu'en savent-ils? Rien; on peut les tromper sans qu'ils s'en doutent. Ces témoins ne sont plus des témoins qui témoignent, ce sont des statues. Vainement Daniels et la cour de Nancy démontrent-ils que cette garantie est insuffisante. Nous avons reconnu d'avance que les garanties que la loi a cherchées dans l'intervention du notaire et des témoins sont peu efficaces; est-ce une raison pour les rendre nulles en transformant les témoins en statues?

Il reste une difficulté, dans l'opinion générale. La loi veut qu'il soit donné lecture du testament en présence des témoins. Suffit-il de donner cette lecture dans une langue que les témoins ne comprennent pas? Les avis diffèrent sur ce point, qui est cependant capital. Les uns exigent une traduction dont il est donné lecture (1); nous

(1) Marcadé, t. IV, p. 16, n° II de l'article 972.

avons déjà dit, avec Merlin, que cela ne remplit pas l'objet de la loi, qui veut une lecture simultanée. D'autres se contentent d'une interprétation donnée par le notaire (1) ; à cela Vazeille répond très-bien que c'est une singulière garantie que celle de la déclaration du notaire, alors que c'est lui qui doit être surveillé et contrôlé (2) ! La cour de cassation va encore plus loin ; il suffit que les cours d'appel constatent que le témoin a reçu une connaissance du testament, n'importe par quelle voie, pour que le testament soit valable (3). Dans l'opinion consacrée par la jurisprudence, il faudrait encore aller plus loin et dire que la lecture au testateur en présence des témoins suffit, alors même qu'ils ne comprendraient pas la langue, car ils ne doivent pas la comprendre, ils doivent seulement savoir que le notaire a lu. N'est-ce pas réduire les solennités du testament à une pure comédie?

IV. *Des incapacités relatives.*

269. L'article 975 porte : « Ne pourront être pris pour témoins du testament par acte public, ni les légataires, à quelque titre qu'ils soient, ni leurs parents ou alliés jusqu'au quatrième degré inclusivement, ni les clercs des notaires par lesquels les actes seront reçus. » Ces incapacités ont pour but d'assurer l'indépendance des témoins, qui peuvent être appelés à témoigner dans les procès sur la validité du testament. Si un témoin pouvait être légataire, il serait placé entre son intérêt et sa conscience. Son devoir lui commanderait de faire connaître les causes qui annuleront le testament ; mais si le testament est annulé, son legs tombe ; le voilà donc intéressé à ne pas dire la vérité. La loi craint, et avec raison, de placer les hommes dans une position qui peut les porter à sacrifier le devoir à intérêt.

270. La loi du 25 ventôse an XI contient une disposition analogue ; aux termes de l'article 10, « les parents,

(1) Metz, 19 décembre 1816 (Dalloz, nº 2908).
(2) Vazeille, t. II, p. 504, nº 6 de l'article 980.
(3) Rejet, 14 juillet 1818 (Dalloz, nº 3133).

alliés, soit du notaire, soit des parties contractantes, au degré prohibé par l'article 8, leurs clercs et serviteurs ne pourront être témoins. » Il y a des différences entre l'article 975 et l'article 10. De là la question de savoir si la disposition de la loi de ventôse est abrogée par le code civil. L'affirmative n'est pas douteuse; c'est la conséquence du principe de la spécialité des lois. La disposition spéciale du code civil concernant les incapacités relatives des témoins appelés aux testaments déroge à la disposition générale sur les incapacités relatives des témoins appelés à un acte authentique. Il en résulte, il est vrai, des anomalies dont on chercherait vainement la raison; mais la critique s'adresse au législateur, l'interprète n'en peut tenir aucun compte (1).

271. Sont incapables, d'après l'article 975, « les légataires, *à quelque titre que ce soit,* » donc les légataires à titre particulier aussi bien que les légataires universels, et, par suite, quelque modiques que soient les legs. Dans l'application, la loi est souvent d'une sévérité excessive, pour mieux dire, elle est en contradiction avec le motif qui a fait établir l'incapacité, et, par conséquent, la nullité du testament ne se justifie plus. Deux avocats figurent à un testament comme témoins, le testateur leur lègue à chacun six couverts d'argent. Certes, ces legs, qui n'étaient qu'un souvenir, ne pouvaient influer sur l'indépendance des deux témoins, avocats distingués et jouissant d'une fortune considérable. Si les tribunaux pouvaient juger en équité, ils auraient maintenu le testament; il fut cassé et il devait l'être, l'article 975 est absolu et l'article 1001 est impératif. « Les testaments, dit la cour de cassation, ne peuvent pas être livrés à des appréciations arbitraires de la quotité des legs, de la valeur des successions et de la qualité des personnes (2). » On ne peut pas même faire exception pour les legs rémunératoires, car la loi dit : *à*

(1) Coin-Delisle, p. 420, n° 35 de l'article 980. Demolombe, t. XXI, p. 213, n° 198. Rejet de la cour de cassation de Belgique, 13 décembre 1867 (*Pasicrisie,* 1868, 1, 7); Bruxelles, 7 février 1867 (*ibid.*, 1867, 2, 141) et 11 mars 1831 (*ibid.*, 1831, p. 36).

(2) Rejet, 13 décembre 1847 (Dalloz, 1848, 1, 128). Comparez les arrêts rapportés dans Dalloz, n°s 3179 et 3187.

quelque titre que ce soit, et d'après l'article 1023, le legs fait au créancier n'est pas censé en compensation de sa créance ; de sorte que la personne gratifiée a deux droits, une action pour réclamer ce qui lui est dû et un droit à la chose léguée, partant elle est légataire, donc incapable. Mais s'il était dit que le legs est fait en compensation de la dette, il n'y aurait plus de libéralité, donc pas de legs : sauf au demandeur en nullité à prouver qu'il n'y avait pas de dette et que le legs a été fait sous cette forme pour éluder la loi (1).

272. La loi est sévère, les tribunaux sont donc forcés de l'être. Toutefois ils ne doivent pas dépasser la rigueur de la loi. Il faut qu'il y ait une libéralité pour qu'il y ait un legs. La chose est souvent très-douteuse. Un testateur dit qu'étant très-content de son homme d'affaires, il désire que son légataire universel le garde à son service pendant deux ans au moins après son décès, et dans le cas où il serait renvoyé avant cette époque, il lui *donne et lègue* deux ans de gages en sus de ceux qui lui seraient dus au moment du renvoi. Les frère et sœur attaquèrent le testament par le motif que cette disposition était un legs et que le légataire avait assisté au testament comme témoin. Il fut jugé que la disposition ne renfermait pas une libéralité, mais seulement la réparation d'un dommage. La cour de cassation, s'attachant aux mots je *donne et lègue,* décida qu'il y avait legs, partant nullité du testament. Sur le renvoi, la cour d'Agen valida le legs, comme l'avait fait la cour de Toulouse, mais en donnant une autre forme à sa décision. Il y avait, disait-elle, des conventions synallagmatiques entre le défunt et son régisseur ; le contrat étant fait pour un temps indéterminé, celui-ci avait droit à des dommages-intérêts, en cas de rupture et le testateur avait accordé cette indemnité sous forme de legs. Au fond, la décision était celle de la cour de Toulouse; elle avait évidemment pour but de valider le testament. La cour de cassation jugea néanmoins que

(1) Coin-Delisle, p. 418, n° 31 de l'article 980. Demolombe, t. XXI, p. 215, n° 201. Bruxelles, 11 août 1843 (*Pasicrisie,* 1845, 2, 337).

l'interprétation était différente, qu'il n'y avait pas lieu de juger le procès chambres réunies et que la cour n'avait pas qualité pour invalider l'appréciation que la cour d'appel avait faite des conventions intervenues entre les parties contractantes (1). C'est, en définitive, un arrêt d'équité sous forme d'une décision juridique, et nous n'y voyons aucun mal; quand on peut concilier le droit avec l'équité, le juge doit le faire.

273. Il peut y avoir legs sans qu'il y ait une personne gratifiée; dans ce cas, il n'y a point de légataire et, par suite, ni incapacité ni nullité. Il est d'usage, dans la Hesbaie, que les ouvriers de chaque ferme portent en terre le cadavre de leur maître, fermier ou propriétaire. Un testateur lègue à chacun des quatre ouvriers de la ferme quatre mesures de seigle; il a été jugé par la cour de cassation que ce legs faisait partie des frais funéraires et devait être considéré comme charge de l'hérédité plutôt que comme un legs proprement dit; ce qui permettait de valider le testament (2). Nous n'oserions pas approuver cet arrêt comme une décision juridique; la plus simple prudence commande de n'y voir qu'une décision d'équité, à laquelle on a donné une couleur de droit.

Il n'en est pas de même lorsqu'un legs est fait pour prières : le desservant peut être témoin, bien qu'au décès il se trouve attaché à l'église où doivent se dire les messes et qu'il profite ainsi indirectement du legs. La raison en est qu'il n'y a point de legs sans libéralité; or, dans l'espèce, le testateur n'a pas entendu gratifier le desservant, puisqu'il ne lui donne rien et ne l'institue légataire ni directement ni indirectement. La cour de Bordeaux avait considéré la disposition comme un legs conditionnel au profit du prêtre appelé à dire les messes. Si le prêtre était désigné dans la disposition, nous serions de cet avis; mais, dans l'espèce, le legs était fait au ministre du culte catholique qui serait en exercice au décès du défunt; la testatrice ne désignait donc personne, le legs s'adressait

(1) Cassation, 4 août 1851 (Dalloz, 1851, 1, 220). Rejet de la chambre civile, 10 août 1853 (Dalloz, 1853, 1, 341).

(2) Rejet, 17 janvier 1810, sur les conclusions de Merlin (Dalloz, n° 3181, 4°).

à la fabrique d'église et devait être accepté par elle; ce qui exclut toute gratification personnelle. L'arrêt a été cassé (1).

274. La disposition de l'article 975 conduit à des conséquences qui condamnent la rigueur de la loi. Un testateur institue un légataire universel à la charge de ne réclamer à ses débiteurs les sommes qu'ils lui doivent qu'une année après son décès et les intérêts qu'à partir de son décès. Il résultait de cette disposition que le testateur entendait faire deux avantages à ses débiteurs : il leur accordait un délai d'un an pour se libérer et il leur faisait remise des intérêts. C'était donc un legs au profit de tous les débiteurs du défunt, par suite tous devenaient incapables d'être témoins. Il se trouva que l'un des témoins était beau-frère d'un débiteur du défunt, et lui-même s'était engagé comme caution solidaire; donc il était débiteur, par suite gratifié et incapable, et son incapacité annulait le testament (2). La décision est très-juridique. Mais la loi ne dépasse-t-elle pas son but en annulant des testaments pour une cause pareille? Une incapacité qui devait servir de garantie aboutit à annuler les volontés bien certaines du défunt.

275. Si la disposition concernant les légataires est trop rigoureuse, que dire de l'incapacité qui frappe les parents et alliés du légataire jusqu'au quatrième degré inclusivement? Dans l'ancien droit, les parents des légataires n'étaient pas frappés d'incapacité; est-ce que par hasard les liens de famille auraient acquis une force plus grande dans nos mœurs modernes? On se plaint, au contraire, qu'ils se relâchent; il est certain que c'est excéder toutes les bornes de la rigueur que de déclarer incapables des cousins germains par alliance (3).

La rigueur excessive de la loi n'est pas une raison pour se dispenser de l'appliquer. Mais les interprètes ne l'ont-ils pas exagérée en jugeant que l'alliance continue à être

(1) Cassation, 11 septembre 1809 (Dalloz, n° 3181, 3°). Comparez les arrêts rapportés, *ibid.*, n° 3181, 1° et 2°.
(2) Riom, 23 mai 1855 (Dalloz, 1857, 5, 224).
(3) Coin-Delisle, p. 419, n° 33 de l'article 980.

une cause d'incapacité, alors même que le conjoint qui a produit l'alliance est mort sans laisser d'enfants? La question de savoir si l'alliance cesse dans ce cas est controversée; à notre avis, la cause de l'alliance cessant, l'alliance cesse aussi; c'est seulement quand la loi en maintient expressément les effets qu'elle persiste : tels sont les cas prévus par les articles 161 et 162. Donc dans le cas de l'article 206, l'alliance cesse. L'intérêt qui rend les alliés incapables est déjà si faible tant que l'alliance dure; il s'évanouit complétement quand il n'y a plus ni conjoints ni enfants; or, peut-on maintenir l'incapacité quand les motifs qui l'ont fait établir n'existent plus? La jurisprudence (1) et la doctrine (2) se sont cependant prononcées pour l'opinion contraire.

Le mot *alliés* comprend-il le conjoint du légataire? On admet l'affirmative, tout en avouant qu'il n'y a pas de texte formel. Il est très-vrai que le mariage produit l'alliance; d'où l'on conclut que les époux sont les plus proches alliés. En droit, cela n'est pas exact. Le législateur aurait dû sans doute frapper d'incapacité le conjoint du légataire, car il a le plus souvent un intérêt pécuniaire au legs. Si, malgré le silence de la loi, on admet l'incapacité, c'est qu'il serait par trop absurde que le mari pût être témoin, alors que son frère serait incapable (3). Toujours est-il que la loi est incorrecte.

276. L'article 975 déclare encore incapables les clercs des notaires par lesquels les actes sont reçus. Cette incapacité a donné lieu à un grand nombre de difficultés. On demande d'abord si par clercs on entend seulement ceux qui font le stage requis par la loi pour pouvoir devenir notaire. Sur ce point, il n'y a aucun doute. L'article 975 est général, il s'applique à tous les clercs; or, il y en a qui n'aspirent pas au notariat, il y en a même, d'après notre législation, qui ne peuvent pas y aspirer, parce qu'ils n'ont pas fait les études ni subi les examens prescrits

(1) Cassation, 16 juin 1834; Dijon, 6 janvier 1827 (Dalloz, n° 3200, 1° et 2°.)
(2) Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, p. 469. Aubry et Rau, t. V, p. 508, note 16. Coin-Delisle, p. 419, n° 33 de l'article 980.
(3) Duranton, t. IX, p. 141, n° 114, et tous les auteurs.

par la loi. Ils sont néanmoins clercs, s'ils travaillent habituellement dans une étude; dès lors ils sont frappés d'incapacité; le texte leur est applicable et l'esprit de la loi n'est pas douteux. Ce n'est pas parce qu'un jeune homme se prépare au notariat que la loi le déclare incapable, c'est parce qu'il est dans la dépendance du notaire dont il est le commis (1).

Par la même raison, l'on ne doit tenir aucun compte de l'inscription à la chambre des notaires qui est requise pour constater le stage des candidats notaires. D'une part, les notaires y peuvent inscrire tous leurs clercs, qu'ils se destinent ou non au notariat; et ils peuvent aussi se dispenser d'inscrire ceux qui ne s'y destinent point. D'autre part, il se peut qu'ils inscrivent comme clercs des élèves à l'université qui ne font qu'un stage nominal, ou des individus qui fréquentent irrégulièrement leur étude. En définitive, la question de savoir qui est clerc, dans le sens de l'article 975, est une question de fait que les tribunaux décideront d'après les circonstances de chaque cause (2).

La jurisprudence est en ce sens. Il a été jugé par la chambre de cassation de la cour de Bruxelles qu'aucune loi ne déterminant les caractères du clerc de notaire, il appartenait au juge du fait de décider si le témoin que l'on prétend incapable comme clerc a cette qualité ou non (3). La cour de Bruxelles a jugé que celui qui travaille habituellement dans l'étude d'un notaire doit être réputé clerc, lors même qu'il n'est pas porté sur le tableau ou sur le registre. Par contre celui qui travaille chez un notaire comme aspirant au notariat, sans être salarié, n'est pas clerc, alors que son travail ordinaire consiste à faire les rôles de contributions, les procès-verbaux de domaines nationaux et autres écritures étrangères au notariat; dans l'espèce, cet individu était inscrit sur le registre des stagiaires; la cour écarta la preuve qui pouvait résulter du

(1) Rolland de Villargues, *Répertoire du Notariat*, au mot *Clerc*, n° 7.
(2) Coin-Delisle, p. 420, n° 34 de l'article 980. Demolombe, t. XXI, p. 219, n° 209.
(3) Arrêt de rejet du 7 mai 1819 (*Pasicrisie*, 1819, p. 369).

registre; il avait été rectifié, et ne l'eût-il pas été, la question restait une question de fait (1).

C'est le travail habituel du commis, dit la cour de cassation, qui lui donne la qualité de clerc dans le sens de l'article 975 (2). Quand y a-t-il travail habituel? C'est une difficulté de fait. La même personne a souvent plusieurs occupations également salariées. Il n'est pas requis que le clerc soit exclusivement occupé à l'étude pour avoir cette qualité, pourvu que le travail de l'étude soit son occupation habituelle; le clerc ne laissera point d'être clerc pour être secrétaire communal. Mais aussi s'il a une autre fonction qui doit être considérée comme sa fonction principale, il n'aura pas la qualité de clerc, quand même il travaillerait en l'étude du notaire : tels seraient un employé du mont-de-piété (3), un commerçant (4), un arpenteur géomètre (5). Il a même été jugé que celui qui est inscrit au stage et qui fait habituellement des écritures pour un notaire ne peut être considéré comme clerc s'il est commerçant et si de plus il fait des écritures pour le receveur de l'enregistrement, pour l'huissier, pour le conducteur des ponts et chaussées : quelle est de toutes ces occupations celle qui est la principale? C'est au juge du fait à décider la question; il a été jugé que, dans la petite localité où le notaire avait sa résidence, il n'y avait pas de clercs en titre, parce que le nombre des affaires ne permettait pas aux notaires d'avoir des clercs, ce qui était décisif (6). Le travail peut être irrégulier; mais si ce travail est l'occupation principale de celui qui s'y livre, l'irrégularité que le notaire souffre n'empêchera pas que le commis soit un clerc (7).

Que de procès pour décider si un individu est clerc ou non! C'est qu'il n'y a pas de questions plus importantes

(1) Bruxelles, 12 avril 1810 et 20 mars 1811 (Dalloz, n° 3319).
(2) Rejet de la chambre civile, 25 janvier 1858 (Dalloz, 1858, 1, 63).
(3) Bruxelles, 19 décembre 1812 (*Pasicrisie*, 1819, p. 368).
(4) Grenoble, 7 avril 1827 (Dalloz, n° 3102).
(5) Colmar, 4 novembre 1857 (Dalloz, 1859, 2, 129).
(6) Agen, 31 juillet 1854, et Rejet, 13 novembre 1854 (Dalloz, 1855, 1, 112).
(7) Rennes, 23 juin 1856, et Rejet de la chambre civile, 25 janvier 1858 (Dalloz, 1858, 1, 63).

au fond, puisque la validité du testament en dépend, ce qui met en jeu les plus graves intérêts et les passions les plus vives. C'est un grand mal; le législateur aurait pu le diminuer en modérant sa sévérité. Que l'interprète au moins ne la dépasse pas, en créant des incapacités que la loi ignore!

277. La loi du 25 ventôse an XI (art. 10) porte que les parents et alliés des *parties contractantes*, en ligne directe à tous les degrés et en ligne collatérale au degré d'oncle ou de neveu, ne peuvent être témoins. Cette incapacité s'applique-t-elle aux testaments? Si l'on admet le principe que la disposition spéciale de l'article 975 déroge aux dispositions générales de la loi de ventôse (n° 270), la conséquence est évidente; il n'y a d'autres incapacités relatives que celles que le code consacre. Donc les parents et alliés du testateur sont capables d'être témoins. Le texte même de la loi de ventôse résiste ici à son application extensive; l'article 10 parle des *parties contractantes*; or, en matière de testament, il n'y a pas de parties *contractantes*, donc pas d'incapacité qui ait son principe dans les parties qui contractent. Que ce soit une anomalie ou non, peu importe; la solution n'est pas douteuse, elle est admise par la doctrine et par la jurisprudence (1).

278. Les parents et alliés du notaire peuvent-ils être témoins? La question est controversée, de même que pour les domestiques du notaire. Nous regrettons ces controverses inutiles, qui font du droit une mer de doutes. La question de droit est identiquement la même que celle que nous venons de toucher et sur laquelle tout le monde est d'accord. L'article 10 de la loi de ventôse exclut comme témoins des actes notariés les parents et alliés du notaire, ses clercs et ses serviteurs; le code civil ne reproduit pas ces incapacités, donc il déroge à la loi de ventôse. Dans l'espèce, l'intention de déroger résultant de la spécialité de l'article 975 est palpable. La loi de ventôse déclare incapables les clercs des notaires et ses serviteurs. Que

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Témoin instrumentaire*, § II, n° III, 18° (t. XXXIII, p. 53), et tous les auteurs. Comparez Metz, 23 mars 1820 (Dalloz, n° 3202).

fait le code? Il maintient l'incapacité des clercs, il ne dit rien des serviteurs, ni des parents et alliés du notaire. La volonté de déroger est certaine, car si le législateur avait voulu s'en rapporter à la loi de ventôse, il était inutile de mentionner les clercs, puisqu'ils sont compris dans l'article 10; reproduire la disposition de la loi de ventôse uniquement pour les clercs, c'est bien dire que les clercs seuls sont incapables (1). Le rapporteur du Tribunat, Jaubert, le dit. « La loi générale (de ventôse an XI) ne peut pas être invoquée dans la matière des testaments pour lesquels une loi particulière règle tout ce qui est relatif aux témoins (2). »

Comment se fait-il que les auteurs mêmes qui admettent le principe de l'abrogation d'une loi générale par une loi spéciale, dans les matières que celle-ci règle, reculent devant la conséquence qui en découle? C'est parce que l'application du principe conduirait à des anomalies tellement absurdes, que l'on ne peut pas croire que le législateur ait voulu les consacrer. Quoi! dit-on, le législateur suspecte, il rejette des testaments le témoignage des cousins et alliés des légataires jusqu'au quatrième degré inclusivement, témoignage qu'il admet cependant à ce degré dans les actes notariés en général, et l'on veut qu'il admette le témoignage, dans les testaments, des parents et alliés du notaire, alors qu'il les rejette dans les actes ordinaires! Quoi! il suspecte et écarte les clercs des notaires et il ajouterait foi à leurs serviteurs! Cela est impossible (3). Nous répondrons avec la cour de Bruxelles: *Non de legibus, sed secundum leges judicandum* (4). Qu'importent les anomalies? Elles découlent du principe de la dérogation tacite résultant de la spécialité de l'article 975. Si le principe est vrai, et on n'ose pas le répudier, il en faut accepter les conséquences; que si l'on ne veut pas des conséquences, il faut rejeter le principe. Quant aux anomalies, l'interprète n'a pas à s'en inquiéter; c'est au

(1) Caen, 4 décembre 1812 (Dalloz, n° 3201).
(2) Jaubert, Rapport, n° 57 (Locré, t. V, p. 356).
(3) Duranton, t. IX, p. 142, n° 115. Troplong, t. II, p. 57, n° 1606.
(4) Bruxelles, 25 février 1867 (*Pasicrisie*, 1867, 2, 142).

législateur, et non au juge, à corriger les lois. Notre conclusion est que les parents et alliés du notaire ainsi que ses serviteurs peuvent être témoins, et nous nous félicitons de ce résultat; c'est autant de chances de moins de nullité. Il n'y en a déjà que trop; et elles retombent non sur les parties, c'est-à-dire sur le testateur, mais sur les légataires, qui n'ont aucun moyen de les éviter (1).

279. Les domestiques du testateur et des légataires peuvent-ils être témoins? Sur ce point, il n'y a aucun doute; le silence du code décide la question. Tout Belge peut être témoin à un testament, si une loi ne l'en déclare incapable; le code a une disposition spéciale qui détermine les incapacités relatives; les domestiques du testateur et des légataires, n'étant pas compris parmi les incapables, restent par cela même dans la règle, qui est la capacité. Telle est la jurisprudence belge (2) et française (3), ainsi que la doctrine (4).

280. Les témoins entre eux peuvent-ils être parents ou alliés? La solution est la même et fondée sur les mêmes motifs. On a cependant soutenu que l'incapacité qui existe entre notaires devait aussi exister entre témoins, puisque les deux témoins appelés quand il n'y a qu'un seul notaire tiennent la place du notaire, et en ont momentanément le caractère. C'était créer des incapacités par voie d'induction; la cour de Bruxelles a repoussé ce dangereux système (5), et les autres sont du même avis (6).

281. La capacité putative suffit-elle pour valider le testament? On suppose qu'un témoin n'a pas l'une des qualités que la loi prescrit, il n'est pas Français, mais l'erreur commune lui attribue cette qualité : est-ce le cas

(1) Comparez, en sens divers, les auteurs cités par Aubry et Rau, t. V, p. 509, note 20, § 670, et Demolombe, t. XXI, p. 221, n° 213. La jurisprudence des cours de Belgique est conforme à notre opinion. Bruxelles, 25 février 1867, et Rejet, 13 décembre 1867 (*Pasicrisie*, 1867, 2, 141; 1868, 1, 7).

(2) Rejet de la cour de cassation de Belgique, 22 janvier 1858 (*Pasicrisie*, 1858, 1, 53).

(3) Caen, 4 décembre 1812. Rejet, 3 août 1841 (Dalloz, n°s 3201 et 3152).

(4) Vazeille, t. II, p. 470, n° 9 de l'article 975, et tous les auteurs.

(5) Bruxelles, 25 mars 1806 (Dalloz, n° 3204).

(6) Duranton, t. IX, p. 145, n° 117, et tous les auteurs.

d'appliquer le vieil adage que l'*erreur commune fait droit?* La jurisprudence et la doctrine l'admettent avec les restrictions que nous allons exposer. Avant tout, nous protestons, au nom du droit, contre la maxime qui semble donner à l'erreur la puissance du droit. Le droit est l'expression de la vérité éternelle; comment l'erreur pourrait-elle jamais être assimilée à la vérité? Il n'y a rien de plus funeste que l'autorité que l'on attache à un fait lorsqu'il repose sur une erreur; reconnaître à ce fait, quelque universel qu'il soit, l'autorité du droit, c'est détruire la base de l'ordre moral. Tel est cependant là le sens que l'on donne parfois à l'adage *Error communis facit jus.* « C'est le fait qui devient droit, dit-on, et ne sont-ce pas les faits qui gouvernent le monde (1)? » Non, ce ne sont pas les faits qui gouvernent le monde, c'est le droit, c'est la justice; et quand un fait, fût-il universel, est en opposition avec le droit, il doit disparaître, et il faut l'attaquer, bien loin de lui donner l'autorité du droit. Hâtons-nous d'ajouter que ce n'est pas ainsi que les jurisconsultes romains entendent la règle qu'on leur a empruntée.

Un esclave est nommé préteur, le peuple qui l'a élu l'ayant cru libre et citoyen. Annulera-t-on les actes de juridiction qu'il a faits? Dans la rigueur du droit, ils sont nuls sans doute aucun; mais par humanité, dit Ulpien, on doit les maintenir, en faveur des particuliers qui ont eu recours à son ministère; le peuple qui a élevé l'esclave à la dignité de préteur lui aurait donné la liberté s'il avait su qu'il fût esclave; on peut donc supposer qu'il la lui a donnée en l'élisant (2).

Un esclave qui était en possession publique de la liberté est délégué par un magistrat pour juger une affaire comme arbitre; sa sentence a l'autorité de chose jugée, quoiqu'il ait été remis en esclavage (3). L'autorité compétente, en déléguant un pouvoir à un incapable, lui donne la qualité requise pour agir, en ce sens que l'on ne peut pas attaquer ses actes; cela est non-seulement équitable, cela est

(1) Demolombe, t. XXI, p. 229, n° 220.
(2) L. 3, D., *de Officio prætorum* (I, 14).
(3) L. 2, C., *de Judiciis* (III, 1).

aussi juridique. L'arbitre a le droit de juger, parce qu'il est délégué par le magistrat compétent; qu'importe qu'il réunisse ou non les qualités exigées pour être arbitre?

Un esclave qui était universellement réputé libre est appelé comme témoin à un testament. L'héritier légitime demande la nullité du testament. L'empereur Adrien, à qui la difficulté fut soumise, répondit que pour valider le testament il suffisait que ce témoin passât généralement pour libre et que personne ne lui en contestât la qualité (1). La question s'étant représentée quelque temps après, les empereurs Sévère et Antonin la résolurent de même, et Justinien inséra leur décision dans ses Institutes (2).

Les jurisconsultes romains et les empereurs se gardent bien de dire que l'erreur commune fait droit. Quant aux rescrits des empereurs, ils avaient force de loi en vertu de la constitution impériale, si l'on peut donner ce nom à l'abdication que le peuple fit de sa souveraineté entre les mains des Césars. La maxime que l'erreur fait droit se trouve dans une autre loi, où elle joue un rôle très-innocent; il s'agit de déterminer, d'après l'opinion commune, quoique erronée, et non d'après l'exactitude grammaticale, la signification d'un mot dans un legs (3); à cette occasion, le jurisconsulte dit : *Error facit jus;* il était certes loin de sa pensée de transformer l'erreur en droit.

282. Tels sont les précédents de la fameuse maxime que nous voudrions bannir de notre science à cause de l'abus que l'on en peut faire. Dans l'ancien droit français, on fit une règle générale de ce qui n'était, en droit romain, qu'une décision particulière (4); et de là elle passa dans le droit moderne, où on la cite comme un adage. On n'a pas besoin de donner à l'erreur l'autorité du droit pour admettre que la capacité putative d'un témoin couvre son incapacité réelle. Le législateur français donne au mariage putatif, bien qu'annulé, les effets d'un mariage vé-

(1) L. 1, C., *de Testam.* (VI, 23).
(2) § 7, *Instit. de Testam.* (II, 10).
(3) L. 3, § 5, D., *de Suppl. leg.* (XXXIII, 10).
(4) Furgole, *Des testaments*, chap. III, sect. I, nº 7.

ritable, parce qu'il a été contracté de bonne foi, l'erreur invincible ne pouvant pas nuire à celui qui a agi de bonne foi (art. 201). La loi aurait pu aussi déclarer le testament valable à raison de la bonne foi de ceux qui y ont appelé un témoin incapable, sauf à déterminer les conditions de cette capacité putative. Certes l'équité applaudirait à une pareille disposition, sans que l'on ait besoin d'ébranler les fondements de l'ordre social, en mettant l'erreur sur la même ligne que le droit. Mais le législateur ne l'a point fait; et pouvons-nous, dans le silence de la loi, déroger au droit par des considérations d'équité? En principe, non, cela est évident. Cependant les cours de cassation de France et de Belgique se sont prononcées pour la capacité putative. Comment répondent-elles à l'argument tiré du silence de la loi?

283. La cour de cassation de France invoque d'abord la tradition; la maxime de l'erreur commune était admise par les auteurs anciens et appliquée par les cours sans opposition aucune. Mais la tradition ne suffit point, il faut qu'elle ait été consacrée par le législateur moderne. La cour cite un avis du conseil d'Etat du 2 juillet 1807, approuvé par l'empereur et inséré au Bulletin des lois, ayant par conséquent force de loi. Il s'agissait de savoir si les extraits délivrés et certifiés par des employés auxquels la loi ne conférait pas de caractère public étaient validés par l'erreur dans laquelle se trouvait le public. Le conseil d'Etat décida la question affirmativement, mais il ne borna pas sa décision à la question spéciale qui lui était soumise; il jugea, en termes généraux, « que, de tout temps et dans toutes les législations, l'erreur commune et la bonne foi ont suffi pour couvrir dans les actes et même dans les jugements des irrégularités que les parties n'avaient pu ni prévoir ni empêcher. » La cour en conclut que la capacité fondée sur l'erreur commune équivaut à la capacité réelle exigée par les articles 971 et 980 (1).

La cour de cassation de Belgique invoque uniquement

(1) Rejet, 18 janvier 1830 (Dalloz, n° 3213, 1°).

la tradition, en essayant de démontrer que les auteurs du code civil l'ont consacrée implicitement. Il est certain que la maxime de l'erreur commune était admise dans l'ancien droit pour couvrir l'incapacité réelle des témoins testamentaires. Telle était la jurisprudence constante quand parut l'ordonnance de 1735. Cette ordonnance contenait sur la capacité des témoins des dispositions que le législateur moderne lui a empruntées; elle abrogeait le droit commun, contraire à ses dispositions. Néanmoins la maxime de la capacité putative ne fut pas considérée comme abrogée; l'ordonnance la maintint donc implicitement. La loi ainsi entendue a été reproduite par le code civil; n'en faut-il pas conclure que les auteurs du code ont reproduit l'ordonnance avec la restriction implicite concernant la capacité putative (1)? L'argumentation n'est pas tout à fait concluante; nous comprenons que l'on invoque la tradition pour interpréter des textes empruntés à l'ancien droit; mais, dans l'espèce, il ne s'agit point d'interpréter un texte, il s'agit d'y déroger en vertu du droit romain ou de la jurisprudence, l'un et l'autre abrogés. Toutefois, en combinant la tradition avec le décret de 1807, nous croyons que la maxime de la capacité putative peut être admise, bien qu'elle déroge à la rigueur du droit. La doctrine (1) est en ce sens, ainsi que la jurisprudence; mais l'une et l'autre exigent des conditions qu'il importe de préciser.

284. Il ne suffit point, pour qu'il y ait capacité putative, que l'opinion de la capacité du témoin soit généralement répandue, ce serait une simple erreur, et bien que reçue de bonne foi, elle ne validerait pas le testament. Si le législateur se contente de la bonne foi qui a présidé au mariage pour le valider, c'est par faveur pour le mariage, pour les époux et surtout pour les enfants. La capacité putative des témoins ne met en jeu que des intérêts particuliers; à la rigueur, le droit, dans toute sa sévérité,

(1) Rejet, 1er octobre 1835, sur les conclusions de l'avocat général Defacqz (*Pasicrisie*, 1835, 1, 137). Comparez Bruxelles, 30 mai 1831 (*Pasicrisie*, 1831, p. 142), 26 décembre 1831 (*ibid.*, p. 351) et 14 avril 1845 (*ibid.*, 1845, 2, 288).

devrait régner dans ces relations; car on ne peut faire fléchir le droit en faveur du légataire sans léser le droit de l'héritier légitime. Il faut donc que l'équité soit tellement puissante, qu'elle l'emporte sur le droit. C'est en ce sens que la doctrine exige, pour qu'il y ait capacité putative, une série d'actes multipliés qui forment pour le témoin une possession publique et paisible de l'état qu'elle suppose, possession tellement certaine, qu'il aurait été impossible de se prémunir de l'erreur qui en est résultée. Cette erreur invincible est une excuse pour ceux qui ont appelé le témoin, non parce qu'ils l'ont cru capable, mais parce qu'ils devaient le croire tel (1).

La jurisprudence est d'accord avec la doctrine. Il faut, dit la cour de cassation de France, pour couvrir l'incapacité d'un témoin instrumentaire, que l'erreur commune repose sur des faits et des actes de possession publique qui motivent et justifient l'erreur (2). La cour de Bruxelles reproduit textuellement la doctrine de Merlin : l'erreur commune, dont la capacité putative est le résultat, doit être basée sur une série d'actes multipliés qui forment pour le témoin une possession publique et constante de l'état qu'elle suppose, de sorte que les parties intéressées ne peuvent pas même songer à rechercher la capacité réelle du témoin; la cour en conclut que l'on ne doit admettre l'erreur commune qu'avec la plus grande circonspection, et seulement dans le cas où l'équité est tellement prépondérante, qu'elle doit l'emporter sur la rigueur du droit (3).

285. La capacité putative est d'ordinaire invoquée pour couvrir la nullité d'un testament auquel a assisté un témoin étranger que l'opinion commune considérait comme Français ou Belge. D'après le principe que nous venons d'établir, l'opinion commune ne suffit point; il faut des actes, et surtout des actes émanés de l'autorité publique qui attestent la qualité d'indigène. Nous citerons

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Témoin instrumentaire*, § II, n° III (t. XXXIII, p. 68). Coin-Delisle, p. 422, n° 43 de l'article 980.
(2) Rejet, 24 juillet 1839 (Dalloz, n° 2316, 2°).
(3) Bruxelles, 26 décembre 1831 (*Pasicrisie*, 1831, p. 351).

comme exemple une espèce qui s'est présentée devant la cour de Bruxelles. Le père du témoin était venu s'établir à Malines, avec sa famille, en 1788. En l'an VI, le fils fut inscrit sur le registre civique ouvert à la municipalité de Malines; en l'an VII, il fut maintenu, sans opposition, sur la liste des ayant droit de voter aux assemblées primaires. En l'an IX, on le porta sur le tableau des ayant droit de voter que le conseil municipal devait former d'après la loi du 13 ventôse de cette année; en l'an X, il fut nommé membre du conseil municipal de Malines; en 1808, peu de temps après la date du testament attaqué, il fut nommé membre du collége électoral. Ces actes, tous émanés de l'autorité publique, attestaient que le témoin était considéré non-seulement comme Français, mais comme citoyen; il en résultait une possession publique de capacité qui ne permettait pas même de soupçonner qu'il fût incapable (1). Comme le dit très-bien la cour de Colmar, croire ce que l'autorité publique induit à croire et qu'il n'appartient pas aux particuliers de changer, ne doit pas raisonnablement rendre les citoyens responsables et victimes d'un acte fondé sur une telle croyance (2).

Dans une autre espèce, la cour de Bruxelles a rejeté la capacité putative d'un témoin né Français et habitant la Belgique. On n'invoquait d'autres faits que la longue habitation dans une commune belge, le mariage en Belgique, sans que les publications eussent été faites en France, la construction d'une maison. Ces faits établissaient bien la bonne foi de ceux qui avaient appelé le témoin au testament, mais aucun n'émanait d'une autorité publique; il n'y avait donc rien qui motivât ou justifiât l'erreur invincible qui seule permet de déroger au droit (3). Le fait de payer les contributions, de servir dans la garde nationale ou dans l'armée, quand ce service incombe à tout habitant, le fait d'avoir été témoin à d'autres actes, ont été jugés insuffisants, et avec raison; ils ne prouvent qu'une

(1) Bruxelles, 11 juin 1834 (*Pasicrisie,* 1834, 2, 137).
(2) Colmar, 1er juillet 1828 (Dalloz, n° 3213, 1°).
(3) Bruxelles, 8 mai 1844 (*Pasicrisie,* 1844, 2, 171).

chose, l'erreur ; ils ne prouvent pas que l'erreur soit invincible (1).

A plus forte raison la déclaration que les témoins font qu'ils ne se trouvent dans aucun cas d'incapacité légale ne couvre pas la nullité du testament. Cette déclaration peut tout au plus excuser le notaire qui a appelé au testament un témoin incapable, en ce sens qu'elle témoigne de sa bonne foi; mais la bonne foi ne suffit point pour constituer la capacité putative. La question a cependant été portée à plusieurs reprises devant la cour de cassation. Un témoin, cousin germain par alliance d'un légataire, déclare qu'il n'est ni parent ni allié au degré prohibé par la loi. Ce peut être une erreur, mais cette erreur ne lui donnait pas une capacité putative; la cour de Dijon constate, au contraire, que l'affinité du témoin était de notoriété publique dans la commune et que rien n'était plus possible que de la constater; dès lors ce n'était pas le cas de déroger au droit à raison d'une erreur invincible et d'une impossibilité absolue de l'éviter (2).

Il s'est présenté un autre cas bien plus favorable, qui témoigne contre la rigueur excessive de la loi. Un testateur, ne laissant que quelques cousins germains et un grand nombre de cousins issus de germains, fait un testament ainsi conçu : « Je veux qu'à mon décès, sans distinction des lignes paternelle et maternelle, ma succession soit partagée par branches ou étocs, de manière que les héritiers de chaque branche recueillent la part afférente à cette branche, les enfants par représentation de leurs parents. » Un des témoins instrumentaires était allié au quatrième degré d'un des nombreux légataires qui n'étaient pas dénommés dans le testament. Il était incertain, au moment de l'acte, quels parents seraient appelés à la succession. Cette incertitude n'était-elle pas une raison suffisante pour écarter l'application de l'article 975? Le tribunal de première instance le crut et valida le testament. Cette décision fut réformée en appel, et elle devait l'être,

(1) Poitiers, 9 avril 1829; Rejet, 14 juillet 1839 (Dalloz, n° 2316, 1° et 8°).
(2) Rejet, 4 février 1850 (Dalloz, 1850, 1, 108).

puisqu'il n'y avait pas erreur commune dans le sens traditionnel de la maxime, bien que le notaire eût inséré la déclaration suivante dans l'acte : « La testatrice et les témoins ont déclaré, sur l'interpellation du notaire, que les témoins n'étaient pas parents ni alliés, au degré prohibé, de la testatrice ni des légataires. » La cour constate que l'affinité était un fait connu de la testatrice et du témoin ; il n'y avait donc pas erreur invincible, ce qui entraînait la nullité du testament quoiqu'il fût l'expression d'une volonté réfléchie et libre. La décision est juste, c'est la loi qui est mauvaise (1).

286. Le principe de la capacité putative est général, en ce sens qu'il est applicable dès qu'il y a erreur invincible. On a dit qu'il ne recevait point d'application aux incapacités relatives résultant de la parenté et de l'alliance, puisque les conditions de l'erreur commune ne se rencontrent guère dans cette hypothèse. En fait, cela est vrai, mais cela n'empêche pas que l'on ne doive maintenir le principe comme règle générale, sauf à rejeter la capacité putative lorsqu'elle n'est pas suffisamment établie (2).

La cour de cassation a fait l'application de ce principe dans une espèce remarquable. Un testateur institue deux légataires universels, à charge par eux de payer une somme de soixante francs à chacun de ses filleuls et filleules. Il se trouva que l'un des témoins était cousin germain par alliance de l'un des filleuls, et il paraît que ceux-ci étaient innombrables. La cour d'Agen décida, après partage, qu'il avait été impossible au notaire aussi bien qu'aux témoins de savoir qu'il y avait un lien d'alliance entre un témoin et un légataire inconnu, que le testateur lui-même ne connaissait probablement pas ; la cour en conclut qu'il y avait erreur invincible, lors du testament, sur l'incapacité des témoins. Nous concevons les hésitations de la cour ; c'est donner à la maxime de l'er-

(1) Metz, 23 mars 1865 (Dalloz, 1865, 2, 90), et Rejet, 18 juin 1866 (Dalloz, 1867, 1, 30).

(2) Bruxelles, 11 août 1843 (*Pasicrisie*, 1845, 2, 337); Coin-Delisle, p. 422, n° 44 de l'article 980 ; Aubry et Rau, t. V, p. 510 et note 26. Demante, t. IV, p. 294, n° 125 *bis* V.

reur commune une portée et une extension qu'elle n'avait certes pas en droit romain, et qu'il faudrait rejeter si l'on s'en tenait aux conditions que la doctrine et la jurisprudence exigent pour qu'il y ait erreur commune. Où étaient les actes publics d'où résultait, dans l'espèce, la capacité putative du témoin? Toutefois la cour de cassation admit l'erreur, et en des termes très-larges. La quantité des filleuls et des filleules étant innombrable, dit l'arrêt, il en résultait qu'il était difficile, pour ne pas dire impossible, de savoir si un tel était du nombre de ces filleuls; dès lors l'erreur dans laquelle était tombé le notaire avait été invincible (1). La rigueur excessive, disons-le, déraisonnable, de la loi est pour beaucoup, croyons-nous, dans cette décision.

V. *Règles générales.*

287. A quel moment les témoins ainsi que le notaire doivent-ils être capables? C'est à peine si la question peut être posée, et il est inutile de citer le Digeste pour la résoudre. La loi prescrit des conditions générales de capacité; celui qui ne réunit pas ces conditions ne peut être témoin, c'est-à-dire qu'il ne peut assister au testament; c'est donc lors du testament qu'il doit être capable. Il y a ensuite des causes spéciales d'incapacité; à quel moment ces causes empêchent-elles le témoin, capable en général, d'assister au testament? Au moment où il y est appelé. Nous croyons inutile d'insister sur le principe et sur les conséquences qui en découlent; cela saute aux yeux (2).

288. Qui doit prouver la capacité ou l'incapacité des témoins? Nous avons déjà rencontré la question en traitant des conditions générales de capacité (n° 256), et nous avons décidé que c'est à l'héritier qui attaque le testament de prouver les causes d'incapacité qui annulent l'acte : tel est, en effet, le fondement de sa demande. A plus forte raison en est-il ainsi des incapacités naturelles ou rela-

(1) Rejet, 31 juillet 1834 (Dalloz, n° 3194).
(2) Toullier, t. III, 1, p. 226, n° 405, et tous les auteurs.

tives. Elles supposent que le témoin est capable, mais que, par exception, il se trouve parmi les incapables; c'est à celui qui allègue une exception d'en faire la preuve. Dans l'espèce, l'exception est le fondement de l'action en nullité, ce qui rend applicable le vieil adage consacré par l'article 914 : Au demandeur incombe la preuve.

Comment la fera-t-il? Doit-il s'inscrire en faux si le notaire a déclaré dans l'acte que les témoins sont capables? Non, certes. Nous reviendrons sur la question en traitant de la force probante du testament authentique.

289. Quel est l'effet de l'incapacité? Le testament est-il nul pour le tout? L'affirmative n'est pas douteuse, elle est admise par la doctrine et par la jurisprudence. Il s'agit d'une condition de forme; la présence d'un notaire et de témoins capables est une des solennités essentielles du testament par acte public, donc si le notaire ou un témoin est incapable, l'acte est vicié dans sa substance. En ce sens on peut dire, avec la cour de Metz, que la forme des actes est indivisible; le témoin est témoin pour le tout et non pour une fraction, donc il doit y avoir nullité pour le tout. Cela est de doctrine et de jurisprudence (1).

N° 3. LES FORMALITÉS.

I. *Les formes générales de la loi de ventôse an* XI.

290. La loi du 25 ventôse an XI prescrit les formalités que les notaires sont tenus d'observer dans leurs actes, sous peine de nullité. Ces formes sont-elles applicables aux testaments? Nous avons déjà répondu à la question en établissant le principe que la loi de ventôse, concernant tous les actes notariés, doit recevoir son application aux testaments reçus par notaires, sauf dans les cas où les dispositions spéciales du code dérogent à la loi générale du notariat (n° 250). Ce principe s'applique sans difficulté aux formes proprement dites; le code civil

(1) Demante, t. IV, p. 284, n° 120 *bis* V, et tous les auteurs. Metz, 1er février 1821. Rejet, 27 novembre 1833 (Dalloz, n° 3290, 2° et 3°); Bruxelles, 11 août 1843 (*Pasicrisie*, 1845, 2, 337).

ne s'en occupe pas; il est donc impossible qu'il déroge, sous ce rapport, à la loi de l'an XI. Déjà en 1822, la cour de Bruxelles disait que la jurisprudence était depuis longtemps fixée à cet égard (1). Ce qui n'empêcha pas les plaideurs téméraires de porter la question, qui n'en est pas une, devant la cour de cassation de Belgique; celle-ci décida que les lois générales doivent être exécutées dans tous les points où il n'y a pas été dérogé par une loi spéciale (2). La doctrine est d'accord avec la jurisprudence (3).

291. La loi de ventôse exige l'énonciation du nom et de la résidence du notaire qui reçoit l'acte; le testament doit contenir la même mention; mais elle n'est pas prescrite sous peine de nullité. Il ne vaudrait pas la peine de le dire, puisque cela résulte textuellement des articles 12 et 68 de la loi, si Merlin et Toullier ne s'y étaient trompés. Merlin a reconnu son erreur, il suffit donc de renvoyer à ce qu'il dit (4).

D'ordinaire les actes sont reçus en l'étude du notaire; parfois aussi ils sont passés en la demeure des parties. Il en est surtout ainsi des testaments. Aux termes de l'article 12 de la loi de ventôse, le notaire doit mentionner le lieu où l'acte est passé, sous peine de nullité. Un testament a été annulé parce que la mention qu'il avait été reçu en l'étude était effacée, et le renvoi qui énonçait la demeure du testateur n'était pas approuvé (5). Qu'entend-on par *lieu* où l'acte se fait? On a prétendu qu'il fallait indiquer la demeure, c'est-à-dire la maison; la cour de cassation a jugé que le code n'exigeant pas, comme l'ordonnance de Blois, l'indication de la maison, il suffisait de mentionner la commune (6). La mention du canton ou de la province serait insuffisante; comme les notaires ne peuvent instrumenter que dans un certain ressort, il

(1) Bruxelles, 17 octobre 1822 (*Pasicrisie*, 1822, p. 257). Comparez Bruxelles, 28 juillet 1831 (*Pasicrisie*, 1831, p. 242).
(2) Rejet, 2 décembre 1833 (*Pasicrisie*, 1833, 1, 181).
(3) Aubry et Rau, t. V, p. 511 et suiv., et note 30, § 670.
(4) Merlin, *Répertoire*, au mot *Testament*, section II, § III, art. II, n° VIII (t. XXXIII, p. 510, note 1).
(5) Lyon, 18 janvier 1832 (Dalloz, n° 2812, 3°).
(6) Rejet, 23 novembre 1814 (Dalloz, n° 3144, 2°). Liége, 13 octobre 1839 (*Pasicrisie*, 1839, 2, 75); Bruxelles, 2 novembre 1831 (*ibid.*, 1831, p. 286).

faut que l'acte porte en lui-même la preuve qu'il a été passé dans une commune où le notaire a le droit d'instrumenter (1).

La loi de ventôse ni le code civil n'exigent, sous peine de nullité, que le notaire mentionne la qualité qui lui donne le droit d'instrumenter. De là une grande incertitude dans la doctrine. La mention est substantielle, dit Merlin, il est donc inutile que la loi la prescrive; les notaires seuls ayant le droit de recevoir des testaments, il faut que l'acte prouve qu'il a été reçu par un notaire. Non, répond-on; il n'y a pas de nullité sans texte; il est, à la vérité, de la substance de l'acte que le notaire le reçoive, mais la mention ne devient substantielle que lorsque la loi la prescrit. Il nous semble que la nécessité de la mention ne résulte pas suffisamment de la définition même du testament par acte public. C'est celui, dit l'article 971, qui est reçu par deux notaires ou par un notaire en présence de témoins; il faut donc que l'acte prouve qu'il a été reçu par un officier public ayant qualité de le recevoir, et l'article 1001 prononce la nullité pour inobservation de toutes les formes, donc aussi de celle qui est prescrite par l'article 971. Seulement il ne faut pas de mention spéciale, puisque la loi ne l'exige pas; la signature et le préambule de l'acte suffiraient (1).

292. Il va sans dire que l'acte doit constater la comparution du testateur; si le notaire ne connaît pas la personne qui teste, il doit exiger que ses noms, état et demeure soient attestés par deux citoyens connus de lui, ayant les mêmes qualités que celles que la loi de ventôse requiert pour être témoin instrumentaire (art. 11); on les appelle des témoins certificateurs. Cette formalité n'est pas prescrite sous peine de nullité; elle n'en est pas moins très-importante pour prévenir les faux.

Nous avons déjà dit que le notaire doit indiquer les

(1) Caen, 12 novembre 1814 (Dalloz, n° 3144, 2°). Duranton, t. IX, p. 85, n° 55.

(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Testament*, sect. II, § II, art. III (t. XXXIII, p. 395). Comparez Toullier, t. III, 1, p. 213, n° 386, et t. IV, 2, p. 96, n° 84; Coin-Delisle, p. 356, n° 19 de l'article 971; Duranton, t. IX, p. 90, n° 60; Vazeille, t. II, p. 415, n° 6 de l'article 971.

noms et la demeure des témoins (n° 262). On s'est plus d'une fois prévalu de cette forme prescrite sous peine de nullité pour attaquer les testaments ; un testament a été annulé parce que le notaire s'était servi du mot *domicile* au lieu du mot *demeure* (1). Généralement les tribunaux se montrent très-indulgents dans l'appréciation de cette formalité (2). La loi est d'une rigueur excessive ; tout ce qui résulte de l'inobservation de la formalité qu'elle prescrit, c'est qu'il sera plus ou moins difficile aux héritiers de trouver les témoins : est-ce une raison d'annuler un testament? Plus on entre dans les détails de cette matière hérissée de formalités, plus on se convainc que la loi a besoin d'être réformée.

293. Le testament doit être daté sous peine de nullité. Si le code ne le dit pas, comme il le fait pour le testament olographe (art. 970), c'est que la loi de ventôse prescrit la date, sous peine de nullité, pour tous les actes notariés. L'article 12 exige la date du jour et de l'année ; la date du jour implique celle du mois ; l'heure ne doit pas être indiquée, bien que cela puisse être utile, si le testament se fait au moment de la mort.

Ce que nous avons dit de la date du testament olographe s'applique au testament authentique (n[os] 188 et suiv.).

La date surchargée est-elle nulle quand la surcharge n'a pas été approuvée? Oui, si l'on s'en tient à la rigueur de la loi (art. 16) ; les mots surchargés étant nuls, le testament se trouve sans date, ce qui en entraîne la nullité. Cette interprétation rigoureuse a été soutenue devant la cour de cassation ; elle n'a pas été admise. Si la loi annule les mots surchargés, c'est qu'elle craint la fraude ; dans l'espèce, il y aurait possibilité de fraude si la surcharge substituait une date à une autre ; mais quand elle a seulement pour objet de rectifier une erreur qui était échappée au notaire, il n'y a plus aucune raison pour annuler les mots surchargés ; la cour ne met qu'une con-

(1) Colmar, 1er février 1812 (Dalloz, n° 3049, 3°).
(2) Voyez les arrêts rapportés par Dalloz, n° 3144.

dition à cette interprétation favorable, c'est que le juge du fait puise les motifs de sa décision dans les circonstances intrinsèques de l'acte (1). Il est, en effet, de principe que le juge peut et doit puiser dans le testament les motifs qui servent à rectifier les erreurs qui pourraient se trouver dans la date. Le millésime est omis ; la date est nulle, puisqu'elle ne fait pas connaître l'année. Mais cette erreur n'est pas une cause de nullité, lorsque l'on trouve dans le testament même le moyen de rectifier ou de compléter la date : il n'y a, sous ce rapport, dit la cour de cassation, aucune distinction à faire entre le testament authentique et le testament olographe (2).

294. Il y a des formes qui tiennent à l'écriture. Nous nous bornerons à citer celles qui concernent les renvois, surcharges et interlignes. La loi veut que les renvois et apostilles soient écrits en marge et signés par le notaire et les autres signataires, à peine de nullité. Si la longueur du renvoi exige qu'il soit transporté à la fin de l'acte, il doit être non-seulement signé et parafé, mais encore expressément approuvé par les parties, à peine de nullité du renvoi (art. 15). La loi de ventôse (art. 16) défend de faire des surcharges, des interlignes et des additions dans le corps de l'acte; les mots surchargés, interlignés ou ajoutés sont nuls. Il résulte des textes que nous venons de transcrire que les irrégularités n'entraînent pas la nullité du testament; la loi déclare seulement nuls les *renvois*, les *mots* surchargés, interlignés ou ajoutés. L'acte ne serait nul que si les mots annulés mentionnaient une condition ou une forme prescrite sous peine de nullité du testament.

La cour d'Angers avait jugé que les renvois écrits avant la signature du notaire et des parties ne devaient pas être approuvés par celles-ci, leur signature équivalant à une approbation. Cela paraît assez équitable lorsque, comme la cour le suppose, les renvois ont eté faits

(1) Rejet, 21 mai 1838 (Dalloz, n° 2802, 2°).
(2) Rejet de la chambre civile, 18 janvier 1858 (Dalloz, 1858, 1, 24). Comparez les arrêts rapportés par Dalloz, n° 2806. Gand, 26 décembre 1872 (*Pasicrisie*, 1873, 2, 86).

après la lecture, laquelle a fait connaître les omissions qui se trouvent dans la rédaction; ces erreurs étant immédiatement réparées, pourquoi la signature ne validerait-elle pas les renvois? La cour de cassation n'a pas admis cette interprétation indulgente, et avec raison, car elle favoriserait les fraudes : le notaire pourrait laisser à dessein des intervalles entre la fin de l'acte et les signatures, puis les remplir à l'insu des parties; ce serait un faux, il est vrai, et on pourrait l'attaquer par l'inscription de faux; mais l'inscription pourrait être rejetée faute de preuve. La cour a donc bien fait de s'attacher au texte, qui est conçu en termes absolus; la loi ne distingue pas entre les renvois mis d'une suite à la fin de l'acte avant les signatures ordinaires et les renvois mis après les signatures; et quand la loi ne distingue pas, il n'est pas permis à l'interprète d'y introduire des distinctions, puisque ce serait faire la loi (1).

295. L'article 931 dit que les actes portant donation entre-vifs seront passés devant notaires, et qu'il en restera minute sous peine de nullité. Il n'y a aucune disposition pareille dans le code pour les testaments. En faut-il conclure que les testaments peuvent être reçus en brevet? La question est très-controversée. Nous croyons, avec la majorité des auteurs, que le testament doit être reçu en minute sous peine de nullité. Il faut d'abord écarter le code civil, que l'on a eu tort de mêler à ce débat; le silence du code, quand il s'agit de formes, ne prouve autre chose, sinon qu'il s'en rapporte à la loi de ventôse qui prescrit les formes auxquelles sont assujettis tous les actes notariés. Or, cette loi pose en principe que tout acte notarié doit être reçu en minute, sous peine de nullité. Telle est la règle générale; l'article 20, qui l'établit, admet des exceptions pour les certificats de vie, procurations, actes de notoriété, quittances de revenus et autres *actes simples* qui, d'*après les lois,* peuvent être délivrés en *brevet*. La question se réduit donc à savoir s'il y a une loi qui per-

(1) Cassation, 23 mars 1829 (Dalloz, n° 2812, 4°). Rejet, 6 juin 1826 (Dalloz, n° 2812, 2°).

met de ranger les testaments au nombre des actes simples. On cite le rapport du Tribunat sur la loi de ventôse comme décidant formellement la question. « L'article 20, dit le rapporteur, n'admet d'exception que pour les actes dont le contenu, la nature et les effets ne présentent qu'un objet ou un intérêt simple en lui-même et passager. » Mais le rapporteur Favard est un des auteurs qui soutiennent que le testament doit être reçu en minute; il est donc difficile de se prévaloir de son rapport pour en induire que le testament peut être reçu en brevet: qui mieux que lui peut savoir ce qu'il a entendu dire?

Merlin dit que la question est tranchée par la déclaration du 7 décembre 1723; elle définit les actes simples « ceux qui n'ont rapport à aucun titre ou acte et ne contiennent aucune obligation respective. » Voilà, selon lui, la loi à laquelle celle de ventôse fait allusion, et d'après la définition qu'elle donne, il n'y a aucun doute : le testament est un acte simple. On répond, et la réponse nous paraît péremptoire, que les paroles citées par Merlin ne sont pas une définition. La déclaration de 1723 avait un but fiscal, c'était de déterminer les droits que devaient payer les notaires du Châtelet de Paris. L'article 4 de la déclaration divisait, à cet effet, les actes en deux classes. La première comprenait les actes simples qui se passent ordinairement sans minute; il énumérait la plupart de ces actes sans y comprendre les testaments; et comme l'énumération eût été incomplète, il ajoutait: « et généralement tous actes simples qui n'ont rapport à aucun titre ou actes et ne contiennent aucune obligation respective. » Cette disposition doit donc être écartée comme n'ayant pas trait à la question; il ne s'agit plus d'un droit fiscal, il s'agit de la validité des actes. En l'absence d'une loi qui définisse et énumère les actes simples, il faut s'en tenir au texte de la loi de ventôse; or, l'énumération qu'elle fait des actes simples justifie l'explication du tribun Favard; c'est le peu d'importance de l'acte qui fait que la loi le dispense de la formalité de la minute; et qui voudrait ranger le testament parmi les actes sans importance? Il faut donc décider, comme l'a fait le conseil d'Etat en

France, que le testament serait nul s'il était reçu en brevet (1).

296. L'unité de contexte est-elle une forme nécessaire pour la validité du testament par acte public? On entend par là l'unité de temps et d'action, et on s'accorde à enseigner que cette unité n'est pas requise dans les testaments authentiques, c'est-à-dire que le testament serait valable quand même il aurait été fait en plusieurs séances et en plusieurs jours; et il serait encore valable si la rédaction avait été interrompue par un autre acte juridique fait dans l'intervalle d'une séance à l'autre. Le droit romain exigeait l'unité de contexte pour le testament nuncupatif, et l'ordonnance de 1735 avait consacré, en ce point, la tradition romaine. Elle n'avait guère de raison d'être pour le testament par acte public ; nous dirons plus loin pourquoi le code veut l'unité de contexte dans le testament mystique. Quand le testament est reçu par un notaire, la longueur de la dictée, très-fatigante pour un malade, peut nécessiter des interruptions; pourquoi ne les permettrait-on pas?

Il ne faut pas confondre l'*unité de contexte* avec la disposition de la loi de ventôse qui prescrit aux notaires d'écrire leurs actes *en un seul et même contexte* (art. 11). Cette prescription n'a pour objet que la rédaction, le fait matériel de l'écriture; tandis que l'unité de contexte signifie, comme le dit l'article 976, que les diverses opérations qui constituent le testament doivent se faire *de suite*, et *sans divertir à d'autres actes*. Le testament peut très-bien être dicté en plusieurs séances et néanmoins être écrit d'un seul et même contexte. De l'unité d'écriture on ne peut donc pas conclure à l'unité de temps et d'action. La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens (2).

(1) Coin-Delisle discute longuement la question, en combattant l'opinion de Merlin (p. 360, nos 39-51 de l'article 971). Merlin, *Répertoire*, au mot *Notariat*, § V, no 6.

(2) Grenier, t. II, p. 407, no 241, et tous les auteurs. Bruxelles, 3 décembre 1818 (*Pasicrisie*, 1818, p. 232). Bordeaux, 17 mai 1833 (Dalloz, no 2821, 1o).

II. *Présence du notaire et des témoins.*

297. Le testament est reçu par un ou deux notaires *en présence* de deux ou quatre témoins (art. 971). On demande si les témoins doivent être présents à la confection entière de l'acte. La question est décidée par le texte de la loi. Aux termes de l'article 971, le notaire *reçoit* l'acte, et pendant tout le temps qu'il le reçoit les témoins doivent être présents. Or, qu'est-ce que *recevoir* le testament? Il y a une grande différence entre le testament et les actes ordinaires. C'est le notaire qui rédige les actes ordinaires, le plus souvent hors la présence des témoins et même des parties, sur les indications que celles-ci lui ont données; on appelle les témoins à la lecture et à la signature. Il n'en est pas de même du testament; il se compose d'une série d'actes : le testateur dicte ses dispositions, le notaire les écrit sous sa dictée, puis il en donne lecture et enfin le testateur signe. Il y a donc trois actes distincts dans la réception du testament, la dictée et l'écriture, la lecture, la signature. Puisque les témoins doivent être présents pendant que le testament est reçu, la conséquence est qu'ils doivent être présents quand le testateur dicte et que le notaire écrit, pendant que le notaire fait la lecture du testament au testateur, et lorsque le testateur signe. On a cependant prétendu que la loi exigeait seulement la présence à la lecture. En effet, l'article 972 dit qu'il doit être donné lecture du testament au testateur *en présence des témoins* et qu'il en sera fait mention expresse; il suit de là, dit-on, que les témoins ne doivent pas être présents, à peine de nullité, lorsque le testateur dicte ses dispositions et que le notaire les écrit. La cour de Bruxelles a rejeté cette interprétation et décidé que l'article 971 exigeant la présence des témoins à la réception du testament, et toutes les formalités devant être observées à peine de nullité, d'après l'article 1001, il en résulte que les témoins doivent assister à toutes les opérations qui constituent le testament, donc à la dictée et à l'écriture aussi bien qu'à la lecture. L'article 971 est formel, et il est im-

possible que l'article 972 dise le contraire de ce que dit l'article qui définit le testament et ses formes substantielles; tout ce qui résulte de l'article 972, c'est une formalité de plus, c'est-à-dire la *mention expresse* de la présence des témoins à la lecture du testament au testateur ; de ce que l'article 972 exige une formalité de plus, on ne peut certes pas conclure qu'il abroge celles que prescrit l'article 971.

La décision a été confirmée par la cour de cassation sur un excellent réquisitoire du procureur général Daniels. Il lui était facile de justifier l'arrêt dont on demandait l'annulation. Qu'est-ce que le testament? La déclaration de la dernière volonté du testateur. Le notaire la reçoit, en ce sens qu'il est présent à tout ce qui constitue la substance de l'acte et que, de son côté, il fait les devoirs nécessaires pour en constater la vérité. Les témoins signent pour attester que *tout* ce qui est contenu en l'acte est véritable et s'est passé en leur présence. Leur demandera-t-on de certifier par leur signature un fait dont ils n'ont aucune connaissance, qui s'est passé pendant qu'ils n'étaient pas présents? C'est vouloir qu'ils commettent un faux.

Il y a cependant un motif de douter. Pourquoi l'article 972 exige-t-il que les témoins soient présents à la lecture, tandis qu'il n'exige pas qu'ils soient présents à la dictée et à l'écriture du testament? La chambre de cassation répond que l'on aurait pu croire que la lecture est étrangère à la réception proprement dite du testament; le testament est reçu, aurait-on dit, dès que le testateur a déclaré ses volontés et que le notaire les a écrites; la lecture n'est qu'un récolement. C'est pour prévenir cette objection que les auteurs du code ont jugé nécessaire d'exiger formellement que le notaire constate la présence des témoins à la lecture (1). Quant à la dictée et à l'écriture, ce doute ne pouvait surgir, le texte de l'article 971 étant formel.

(1) Bruxelles, 22 avril 1815 (*Pasicrisie*, 1815, p. 358), et Rejet, 16 février 1816 (*ibid.*, 1816, p. 47). Comparez La Haye, 12 mai 1826 (*Pasicrisie*, 1826, p. 145). La doctrine est d'accord avec la jurisprudence (Merlin, *Répertoire*, au mot *Témoin instrumentaire*, § II, n° 4, et tous les auteurs).

298. Par la même raison, il faut que les témoins soient présents à la signature du testateur ou à la déclaration qu'il fait de ne savoir ou de ne pouvoir signer. Cela ne peut guère être contesté. Il n'y a pas de testament si le testateur ne signe pas, ou ne fait une déclaration qui équivaut à la signature. Or, les témoins doivent être présents à la réception du testament, donc il faut qu'ils assistent à la signature; eux-mêmes, en signant, certifient qu'ils ont vu signer le testateur. La jurisprudence est en ce sens; et la chose est si évidente, que les auteurs ne discutent pas même la question (1).

299. Qu'entend-on par *présence des témoins?* Seraient-ils présents s'ils se trouvaient dans un appartement voisin de celui où est le testateur? Le cas s'est présenté dans les circonstances suivantes. Le notaire, après avoir écrit sur une feuille de papier libre les dispositions que le testateur lui dicte, les transcrit immédiatement sur un feuillet de papier timbré. Nous dirons plus loin que cette manière de procéder est consacrée par la jurisprudence. Dans l'espèce, le notaire fit cette transcription dans la chambre de la testatrice, mais les témoins, à cause de l'encombrement qui régnait dans cette place, s'étaient retirés dans une salle attenante, d'où ils pouvaient voir le notaire écrivant le testament sur le papier timbré; l'arrêt constate que tous l'ont vu pendant qu'il écrivait. Il a été jugé que les témoins avaient été présents à la transcription, comme du reste ils avaient été présents à la dictée et à l'écriture. Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet (2). Nous croyons que la même décision serait applicable si les témoins étaient dans une pièce contiguë à celle où se trouve le testateur pendant que celui-ci dicte, pendant la lecture et la signature, pourvu qu'ils voient et entendent tout ce qui se passe. La présence est une question de fait. Il n'est pas nécessaire que les témoins soient auprès du lit du testateur; ils sont présents dès qu'ils entendent et qu'ils voient.

(1) Bruxelles, 19 avril 1815 (*Pasicrisie*, 1815, p. 361). Dijon, 2 mars 1853 (Dalloz, 1853, 2, 66).
(2) Rejet, chambre civile, 19 mars 1861 (Dalloz, 1861, 1, 99).

300. Il se peut que l'un des témoins doive sortir pendant que le notaire reçoit le testament; le notaire doit, en ce cas, suspendre la réception du testament, en constatant le fait (1). S'il continue à recevoir le testament, ne fût-ce que pendant quelques instants, en l'absence de l'un des témoins, l'acte sera nul. C'est une des grandes rigueurs de la loi, et il faut avouer qu'aux yeux de la raison elle ne se justifie pas toujours. Pendant que le notaire est occupé à transcrire sur papier timbré le testament qu'il avait écrit sous la dictée du testateur, en présence des témoins, l'on vient appeler l'un des témoins, médecin, pour donner ses soins à un paysan qui s'était foulé le pied; le témoin sort de la pièce où se faisait le testament, passe dans la pièce voisine où se trouvait le patient et revient après une absence de quelques minutes. La cour de Bordeaux annula le testament. Quelque rigoureuse que soit cette décision, elle est juridique. Le testament doit être *reçu* en *présence* des témoins; le mot *reçu* s'entend de l'ensemble des opérations qui constituent le testament; il faut que les témoins assistent à tout, qu'ils soient en situation de tout voir et de tout entendre, afin qu'ils puissent tout contrôler et attester sciemment, par leur signature, que tout s'est passé ainsi que l'acte le constate. La présence de tous les témoins étant nécessaire pendant toute la durée du testament, si l'un d'eux s'absente, ne fût-ce que pendant un moment, l'opération qui se continue hors de sa présence est radicalement viciée et le testament est nul. Vainement dirait-on qu'il ne s'est rien passé d'essentiel pendant l'absence du témoin; le juge n'a pas le droit de prendre les circonstances en considération, il est lié par une règle impérative et absolue (2).

S'il y a un reproche à faire, c'est au législateur. La cour de Dijon a porté une décision identique dans les circonstances suivantes. L'un des témoins s'absenta un instant pour prier une demoiselle d'apporter à boire à la testatrice; son absence ne dura pas plus d'une minute;

(1) Nancy, 24 juillet 1833 (Dalloz, nº 2905, 2º).
(2) Bordeaux, 8 mai 1860 (Dalloz, 1860, 2, 129).

quelque temps après un autre témoin s'absenta, chargé par la testatrice de donner des ordres pour le souper du notaire. Le notaire ayant continué à recevoir le testament qu'il était occupé à écrire, la nullité était évidente ; l'arrêt constate que les témoins n'ont pu entendre ni voir ce qui se passait dans la chambre de la testatrice pendant leur absence momentanée. La cour de cassation, se fondant sur les faits constatés par la cour d'appel, rejeta le pourvoi. Elle ajoute néanmoins une espèce de restriction ; c'est qu'il n'était pas constaté qu'aucune communication eût eu lieu pendant l'absence de l'un des témoins, soit de la testatrice au notaire et aux témoins, soit du notaire et des témoins à la testatrice (1). Peu importe ; la loi est violée dès qu'un témoin s'absente pendant que le notaire reçoit son testament, donc le testament est nul.

301. La présence des témoins suffit-elle? ou faut-il qu'elle soit constatée dans l'acte? et la mention qu'en fait le notaire doit-elle être expresse? Il y a quelque doute sur ces points. L'article 972 la prescrit pour la présence des témoins à la lecture du testament ; il ne la prescrit point pour la présence à la dictée et à l'écriture, et bien moins encore pour la signature, dont il ne parle pas. Cela décide la question de la mention expresse. On a cependant soutenu que ces mots de l'article 972, « il est fait du tout mention expresse, » s'appliquaient à l'article 971 aussi bien qu'à l'article 972. Il est vrai qu'il y avait même motif d'exiger la mention expresse de la présence des témoins à toutes les opérations du testament, donc à la dictée, à l'écriture et à la signature, aussi bien qu'à la lecture. On n'aperçoit pas pourquoi la loi prescrit la mention expresse de la présence des témoins pendant l'une des opérations, la lecture, tandis qu'elle ne la prescrit pas pour les autres opérations, la dictée, l'écriture et la signature. Mais, en matière de formes testamentaires, on ne raisonne pas par analogie, car cette argumentation conduirait à créer des nullités que la loi ignore. Il n'y a point de formalité, ni de nullité sans texte. Or, le texte

(1) Rejet, 18 janvier 1864 (Dalloz, 1864, 1, 139).

est précis; la mention expresse que l'article 972 exige ne se rapporte qu'aux formalités prescrites par cet article; pour qu'elle s'étendît à d'autres formes, il faudrait que la loi elle-même l'eût dit; il suffit que l'article 972 ne relate pas l'article 971 pour que l'on ne puisse pas exiger la mention expresse de la présence des témoins à la réception du testament, ni prononcer la nullité de ce chef (1).

Il a été jugé, conformément à ces principes, que le notaire ne doit pas faire mention expresse de la présence des témoins à la dictée et à l'écriture (2), ni de leur présence à la signature ou à la déclaration de ne savoir ou ne pouvoir signer (3). Le motif de toutes ces décisions est le même : les nullités de formes sont de droit étroit et ne peuvent être suppléées.

302. S'il ne faut pas de mention expresse de la présence des témoins aux diverses opérations du testament, le notaire doit-il au moins mentionner qu'ils sont présents à la réception de l'acte? L'affirmative est admise par la doctrine et par la jurisprudence. Il y a un motif de douter : peut-il y avoir une formalité et une nullité sans texte? et où est le texte qui prescrit la mention de la présence des témoins à la réception du testament? L'article 971 dit bien que le testament doit être reçu en présence des témoins, et l'article 980 dit que les témoins *appelés pour être présents aux testaments* devront être mâles, etc. Mais ces articles ne disent pas que la présence des témoins doit être mentionnée à l'acte. C'est une négligence de rédaction, il est vrai; toujours est-il qu'il n'y a point de texte. Tout ce que l'on peut dire, c'est que le testament doit porter en lui-même la preuve que les conditions requises pour la substance de l'acte ont été observées. Or, il n'y a pas de testament sans témoins, et leur signature

(1) Bruxelles, 17 mai 1819 (*Pasicrisie*, p. 380), 1er et 7 février 1825 (*ibid.*, 1825, p. 296). Metz, 19 décembre 1816 (Dalloz au mot *Dispositions*, n° 2908, 1°). En sens contraire, Duranton (t. IX, p. 101, n° 67), il ne donne aucun motif et il est en contradiction avec lui-même.

(2) Douai, 24 mai 1853 (Dalloz, 1853, 2, 184). Poitiers, 5 décembre 1854 (Dalloz, 1855, 5, 437).

(3) Arrêts de Douai (cité note 2) et d'Angers, 3 janvier 1855 (Dalloz, 1855, 2, 240).

ne suffit point, ils doivent être présents à la réception de l'acte. De là suit que le testament doit contenir la preuve de leur présence. Il y aura toujours une différence entre la présence des témoins à la lecture et leur présence aux autres opérations du testament, c'est que la présence à la lecture doit être attestée par une mention expresse, tandis que leur présence à la dictée, à l'écriture et à la signature ne doit pas être mentionnée expressément, il suffit qu'elle soit prouvée par les énonciations de l'acte. C'est aux tribunaux à juger, d'après la rédaction du testament, s'il contient la preuve que les témoins ont été présents (1).

La présence des témoins est constatée au préambule et à la clôture de l'acte. Cela suffit-il pour prouver qu'ils ont été présents à toutes les opérations du testament? Oui, s'il est prouvé que le testament a été fait en un seul contexte. Comment se fera cette preuve? On lit, dans un jugement du tribunal de Liége, que rien n'indiquant que l'acte n'aurait pas été fait sans désemparer, il en faut conclure qu'il constate la présence des témoins à toute l'opération, depuis le commencement jusqu'à la fin. Cela ne nous paraît pas exact; de ce que rien n'indique que l'acte n'aurait pas été fait de suite on ne peut pas induire qu'il a été fait de suite; les faits juridiques ne se prouvent pas par le silence de l'acte, il faut une preuve positive. La cour d'appel a corrigé la rédaction, elle dit que l'acte est *présumé de droit* avoir été écrit sans désemparer en un seul et même contexte (2). Où est le texte qui établit cette *présomption de droit?* et y a-t-il une présomption légale sans loi? Nous croyons que la preuve que l'acte a été fait de suite doit résulter de l'acte même; ce n'est qu'à cette condition que la mention, qui se trouve au commencement et à la fin de l'acte, de la présence des témoins prouve qu'ils ont assisté à toutes les opérations du testament. Sur le recours en cassation, il est intervenu un arrêt de rejet. La cour pose en principe que la loi n'exige pas que la présence des témoins à chacun des actes qui constituent

(1) Duranton, t. IX, p. 100, nº 66. Grenier, t. II, p. 452, nº 246. Troplong, t. II, p. 84, nº 167, 1.
(2) Liége, 1er juillet 1856 (*Pasicrisie*, 1857, 2, 188).

la réception du testament soit constatée d'une manière spéciale. Comme le code ne détermine rien sur la forme des expressions qui doivent servir à constater la présence des témoins, il s'ensuit que leur présence peut s'induire de l'ensemble des énonciations qu'il renferme. Il suffit, dit la cour, que la contexture de l'acte ne puisse donner lieu à un doute raisonnable. La conclusion est que c'est aux juges du fait à décider, d'après les énonciations de l'acte, si la présence des témoins est suffisamment prouvée (1). En droit, cette décision est irréprochable; mais ne fallait-il pas faire une réserve pour la prétendue présomption de droit invoquée par la cour de Liége? et à défaut de cette présomption imaginaire, l'acte fournissait-il la preuve qu'il avait été fait en un seul contexte?

A plus forte raison n'admettrions-nous pas, avec la cour de Riom, que la présence des témoins à la réception du testament est suffisamment constatée par la déclaration que le notaire fait au préambule : « Nous, notaire, et les témoins ci-après nommés, ayant été mandés par..., nous nous sommes rendus à sa maison (2). » De ce que les témoins se sont rendus au domicile du testateur il ne suit pas qu'ils aient été présents à toutes les opérations du testament. Il a été jugé, en ce qui concerne la présence des témoins à la signature, qu'elle est suffisamment constatée par la mention finale, portant qu'au moment même de la signature de l'acte par les *témoins* et le notaire, le testateur, sur l'interpellation à lui faite, a déclaré ne savoir signer. De plus, le préambule déclarait que l'acte avait été reçu en présence des témoins y dénommés. Cette mention était certainement suffisante. Mais l'arrêt de la cour de Douai va plus loin; il dit que le préambule seul suffisait pour prouver que tout ce qui est exprimé en l'acte s'est fait en présence des témoins (3). Oui, si l'unité de contexte est prouvée ; non, si l'unité de contexte n'est pas établie.

(1) Rejet, 22 janvier 1858, sur le rapport de M. De Cuyper (*Pasicrisie*, 1858, 1, 53).
(2) Riom, 4 décembre 1809 (Dalloz, n° 2793).
(3) Douai, 24 mai 1853 (Dalloz, 1853, 2, 184).

S'il résultait des énonciations du testament que les témoins n'ont été présents qu'à la lecture, le testament serait nul (1). Cela n'est point douteux. Il n'y a doute que sur un point : le préambule doit-il aussi être écrit par le notaire en présence des témoins? Si le préambule est dicté par le testateur et consiste, par exemple, dans l'expression de ses sentiments religieux, il est certain que le notaire doit l'écrire sous la dictée du testateur, et les témoins doivent être présents à tout ce que le testateur dicte et à ce que le notaire écrit (2). Mais s'il s'agit de la formule que les notaires mettent en tête de leurs actes, ce préambule n'est point dicté par le testateur, il est l'œuvre exclusive du notaire; la cour de cassation a jugé qu'il peut être rédigé hors de la présence des témoins (3). En effet, la loi ne dit nulle part que les témoins y doivent assister, et, en réalité, leur assistance serait sans objet.

III. *La dictée.*

303. L'article 972 porte : « Si le testament est reçu par deux notaires, il leur est dicté par le testateur, et il doit être écrit par l'un de ces notaires tel qu'il est dicté. S'il n'y a qu'un notaire, il doit également être dicté par le testateur et écrit par le notaire. » C'est une formalité spéciale aux testaments. Les actes notariés, en général, ne sont pas dictés par les parties, le notaire ou son clerc les rédigent d'après les indications qu'ils reçoivent, les parties ne figurent dans l'acte que par leur signature; tandis que dans le testament le testateur dicte et le notaire écrit sous sa dictée. Quel est le motif de cette exception? Le testament doit être l'expression libre, spontanée de la volonté du défunt; une des garanties que la loi a établies pour assurer que l'acte soit en réalité ce qu'il doit être, est que le testateur dicte ses dispositions. C'est lui qui en est l'auteur direct et exclusif; le notaire n'in-

(1) Caen, 21 décembre 1825 (Dalloz, n° 2906).
(2) Comparez cassation, 27 avril 1857 (Dalloz, 1857, 1, 365).
(3) Rejet, 4 mars 1840 (Dalloz, n° 2910).

tervient que comme secrétaire, pour donner l'authenticité aux dispositions qu'il écrit sous la dictée du testateur.

304. Qu'est-ce qui doit être dicté? Le testament, dit l'article 972. On demande si cette expression comprend le préambule. Nous avons déjà répondu à la question. Le préambule notarial ne doit pas être dicté par le testateur parce qu'il n'est point son œuvre, et d'ailleurs il n'a rien de commun avec les dispositions proprement dites du défunt. Il n'en est pas de même du préambule que le testateur met à ses dispositions pour marquer l'esprit dans lequel il le fait, ou les raisons pour lesquelles il teste; ces considérations font partie de la volonté du disposant, puisqu'elles la motivent ou l'expliquent; elles sont l'œuvre du testateur; or, tout ce qui, dans le testament, émane du testateur doit être dicté par lui. La cour de Bordeaux avait jugé que le préambule d'un testament contenant la profession religieuse du testateur ne fait pas partie du testament. Sa décision a été cassée; le préambule, religieux ou autre, fait partie intégrante du testament, dit la cour de cassation; d'où suit qu'il doit être dicté et que le notaire ne peut pas se borner à le copier (1).

305. Quand il n'y a qu'un notaire, la loi dit que le testament doit être dicté par le testateur; quand il y en a deux, l'article 972 veut qu'il *leur* soit dicté. On ne dicte pas à celui qui n'écrit pas; et comme il ne peut y avoir que l'un des notaires qui écrive le testament, il faut entendre la loi en ce sens que le testament est dicté à l'un en présence de l'autre. Dire que le testament est dicté aux deux notaires, c'est donc exprimer d'une manière énergique que le notaire qui n'écrit pas le testament doit assister à la dictée, comme il doit assister à tout l'acte, puisqu'il le *reçoit*, aux termes de l'article 971, aussi bien que celui qui l'écrit (2).

306. Qu'entend-on par dictée? L'ordonnance de 1735 portait (art. 5 et 23) que le testateur devait *prononcer intelligiblement* toutes les dispositions et que le notaire

(1) Cassation, 27 août 1857 (Dalloz, 1857, 1, 365).
(2) Aubry et Rau, t. V, p. 513, note 38, suivi par Demolombe, t. XXI, p 268, n° 255.

les écrirait *à mesure que le testateur les prononcerait.* C'est le sens vulgaire du mot *dicter*, tel que le dictionnaire de l'Académie le définit : « Prononcer mot à mot ce qu'un autre écrit en même temps. » Vainement dit-on que ce serait faire dégénérer le ministère du notaire en servilité puérile (1); c'est précisément cette servilité qui garantit que le testament est la libre expression de la volonté du testateur. La cour de cassation a consacré cette interprétation en disant que, dans l'acception commune et incontestable, le mot *dicter* signifie prononcer mot à mot ce qu'on destine à être en même temps écrit par un autre(2). La cour n'est pas toujours restée fidèle à cette décision ; nous croyons qu'il faut s'y tenir, l'interprète n'a pas le droit de s'écarter du sens que les mots ont dans le langage ordinaire, à moins que la loi ou l'usage ne leur donnent une autre signification, car ce serait substituer sa volonté à celle du législateur.

307. On demande si le testateur peut lire un projet qu'il a préparé d'avance pour une raison quelconque. L'affirmative n'est point douteuse, par la raison décisive que la cour d'Angers a donnée. La loi ne défend pas au testateur de dicter ses volontés sur un projet écrit; lui interdire de lire ce qu'il a écrit, serait ajouter à la loi, qui se contente d'une dictée, et il est certain que l'on peut dicter en lisant; ce serait donc créer une nullité, ce qui aboutirait à faire la loi. On a fait une objection très-spécieuse. Pourquoi la loi veut-elle que le testateur dicte ses dispositions? Afin d'avoir une garantie que ces dispositions sont bien sa volonté libre, spontanée. Or, qui peut assurer que le papier que le testateur tient en la main et qu'il lit est son œuvre? Le papier qu'il dicte machinalement ne peut-il pas être écrit par celui-là même qui impose ses volontés à un mourant? Ces craintes peuvent être fondées, mais c'est au législateur seul à en tenir compte; or, aucune disposition de loi n'interdit au testateur de dicter ses dernières volontés en les lisant sur des notes qu'il aurait

(1) Coin-Delisle, p. 368, n° 2, de l'article 972.
(2) Rejet, 12 mars 1838 (Dalloz, n° 2845, 2°). C'est la définition de Merlin, *Répertoire*, au mot *Testament*, sect. II, § II, art. IV, n° 2.

préparées d'avance. Ce sont les termes d'un arrêt de la cour de cassation (1).

308. Le notaire rédige un testament sur des notes que le testateur lui a remises; il demande, en présence des témoins, si ce projet est bien l'expression exacte des volontés du testateur; celui-ci confirme ce que le notaire a écrit : le testament sera-t-il valable? Il nous semble que la négative n'est pas douteuse. Ce n'est pas là un testament dicté; donc l'une des formalités essentielles du testament n'a pas été observée, par suite le testament est nul. Sans doute, le législateur aurait pu valider un testament rédigé sur des notes que le testateur remet au notaire; cela se fait pour les actes ordinaires; mais la loi a dérogé au droit commun, elle est plus sévère parce que, dans son esprit, la sévérité est une garantie. Il n'est pas permis à l'interprète de se relâcher de cette sévérité, ce serait faire une autre loi. La remarque est de la cour de Poitiers, et elle est décisive (2).

Il y a un arrêt de la cour de cassation qui paraît contraire. La cour de Toulouse avait validé un testament rédigé par le notaire sur des notes qu'il avait prises. Sa décision fut confirmée par un arrêt de rejet. Les termes en sont équivoques et dépassent peut-être la pensée de la cour. Le testateur, dit-elle, *avait fait connaître* ses dispositions au notaire, qui les écrivait, les relisait au testateur, en lui demandant si telle était l'expression de sa volonté. On ne dit pas comment le testateur a déclaré ses volontés. Est-ce en dictant ses dispositions que le notaire a d'abord recueillies sous forme de notes et qu'il a rédigées ensuite? Nous dirons plus loin que le testament ainsi fait est valable, parce qu'il y a dictée. Mais si le testateur faisait connaître ses volontés en remettant des notes au notaire sans les dicter, le testament serait nul, puisqu'il n'y aurait pas de dictée. On pourrait induire le contraire des termes vagues de l'arrêt qui décide en principe que le vœu de la loi est rempli lorsque spontanément,

(1) Rejet, 14 juin 1837 (Dalloz, n° 2909).
(2) Poitiers, 30 juin 1836 (Dalloz, n° 2845).

sans interpellations suggestives, le testateur *exprime ses volontés*, en présence des témoins, au notaire qui les recueille, les formule et les consigne dans l'instrument qui en reste le dépositaire authentique. L'arrêt ne dit pas que le testateur ait exprimé ses volontés en les dictant; or, tout dépend de la dictée; il ne suffit point que la manifestation de volonté soit certaine, il faut qu'elle se fasse dans les formes voulues par la loi (1). Ce n'est pas à dire que le testateur ne puisse remettre au notaire des actes et même tout un projet que lui-même a préparé, et que le notaire ne puisse s'aider de ces notes pour rédiger son testament, pourvu que le testateur les ait dictées en présence des témoins et que le notaire les ait écrites sous sa dictée. Tel paraît être le sens d'un arrêt de la cour d'Angers, bien que la rédaction n'en soit pas tout à fait claire (2).

309. La cour de Pau a annulé un testament parce que la testatrice n'avait exprimé sa volonté que par des monosyllabes et sur des interpellations que lui faisait le notaire. « Voulez-vous, lui demandait le notaire, comme vous venez de me le dire, donner telle chose à telle personne? » Sur le pourvoi en cassation, le conseiller rapporteur Lasagni établit nettement les principes. Il commence par déterminer la signification du mot *dicter*, comme nous l'avons fait (n° 306); c'est dans cette acception que le mot a pu et dû être employé par le législateur. Or, répondre *oui* à une interpellation, ce n'est pas prononcer mot à mot ce que le notaire doit écrire. On objecte que la loi n'ayant pas défini en quoi consiste l'opération de la dictée, on peut admettre des équipollents. L'objection est singulière; nous concevons des équipollents pour les mentions que le notaire doit faire; nous ne concevons pas un équipollent pour un fait; il n'y a pas deux manières de dicter, d'écrire et de lire : on dicte ou on ne dicte pas. Le rapporteur dit que les équipollents sont admissibles, pourvu qu'il en résulte nécessairement que la dictée a eu lieu. Il est cer-

(1) Rejet, 20 juillet 1843 (Dalloz, n° 2844).
(2) Angers, 8 mars 1855 (Dalloz, 1855, 2, 129). Coin-Delisle, p. 369, n° 5 de l'article 972.

tain que peu importent les termes dont se sert le testateur. Mais peut-on dire que le mot *oui*, prononcé en réponse aux interrogations que le notaire fait au testateur, constitue la dictée dans le sens de la loi? Il en résulte, au contraire, la preuve de l'absence de toute dictée. Le rapporteur dit très-bien que, dans ce cas, c'est celui qui interroge qui dicte en réalité; quant à celui qui dit oui, il reconnaît que l'interrogateur a bien dicté. La cour de cassation jugea, conformément à ce rapport, que des monosyllabes proférés à la suite d'interpellations faites au testateur par le notaire ne remplacent pas la dictée; l'arrêt s'exprime d'une façon très-catégorique en disant que cela est *impossible* (1).

310. La jurisprudence tend à s'écarter de la rigueur de la loi. Un arrêt constate que le testateur a dicté ses dispositions; les héritiers légitimes s'inscrivent en faux et demandent à prouver que le notaire, après s'être concerté avec le testateur et le légataire, avait apporté un testament tout fait, dont il avait donné lecture en demandant si telles étaient les volontés du disposant, et que celui-ci avait seulement répété quelques-unes des idées contenues dans l'acte. Le tribunal de la Seine admit l'inscription en faux ; la cour d'appel la rejeta par le seul motif que le testateur était sain d'esprit lors du testament, que ses dispositions étaient le résultat d'une volonté réfléchie et que lui-même avait fait connaître aux témoins sa pensée quand elle avait été recueillie par le notaire. Il était impossible de maintenir une pareille décision. Quand même tout ce que dit la cour de Paris eût été vrai, il n'en résultait pas que le testateur eût dicté ses dispositions; l'inscription devait donc être admise (2).

Par un arrêt antérieur, la cour de cassation s'est relâchée de la rigueur des vrais principes, et, chose singulière, elle l'a fait sur le rapport du même conseiller qui avait rédigé l'arrêt de 1838. Le tribunal de Narbonne annula un testament, après inscription de faux, par les

(1) Rejet, 12 mars 1838 (Dalloz, n° 2845, 2°).
(2) Cassation, 30 août 1858 (Dalloz, 1858, 1, 365).

motifs suivants qui nous paraissent péremptoires. Il était dit dans l'acte que le notaire l'avait écrit mot à mot, au fur et à mesure que le testateur dictait. Or, l'inscription de faux prouva que le testateur n'avait fait que répondre *oui,* sur la demande que le notaire lui avait faite s'il voulait tout donner à sa femme; qu'il avait encore répondu *oui* à la question s'il pouvait signer; les témoins déclarèrent n'avoir entendu que ces deux monosyllabes. L'acte était donc faux, puisqu'il déclarait que le testateur avait dicté ses dispositions. Sur l'appel, le jugement fut réformé; la cour de Montpellier décida qu'il résultait de l'enquête que le testateur avait le libre usage de la parole, qu'il avait clairement exprimé au notaire les dispositions qu'il voulait faire, que le notaire les avait écrites immédiatement sans restreindre ni modifier l'expression fidèle et véritable de la libre volonté du testateur. Pourvoi en cassation; la cour pose en principe, ce qui n'est contesté par personne, qu'il n'est pas nécessaire que le notaire emploie des mots qui soient matériellement les mêmes que ceux prononcés par le testateur, pourvu qu'ils reproduisent exactement tout ce que le testateur a *dicté* et qu'ils soient ainsi l'expression fidèle et véritable de sa libre volonté. Jusqu'ici l'arrêt de 1845 est d'accord avec l'arrêt de 1838. Restait à savoir si le mot *oui* est une dictée suffisante. La cour se borne à reproduire les termes de l'arrêt attaqué et décide que, *dans ces circonstances,* la cour d'appel avait fait une juste application de la loi. C'est donc une décision fondée sur les circonstances telles qu'elles étaient rapportées dans l'arrêt. En réalité, ces circonstances se réduisaient à céci, c'est que la dictée consistait dans le mot *oui* que le testateur avait répondu au notaire (1). Faut-il induire de l'arrêt de la cour de cassation qu'un testament sur interrogat est valable? Ce serait dépasser, nous semble-t-il, les termes de l'arrêt et la pensée de la cour.

La cour de Grenoble a fait un pas de plus dans la voie du relâchement, en admettant la validité du testament

(1) Rejet, 15 janvier 1845 (Dalloz, 1845, 1, 92).

par interrogat, avec cette seule restriction que le testateur ne réponde pas par de simples monosyllabes. Dans l'espèce, le légataire avait demandé au testateur : « N'est-il pas vrai que vous voulez me donner tout votre bien? » Les déclarations des témoins ne s'accordent pas sur la réponse du testateur; seulement il est certain que le testateur répondit plus qu'un simple oui. Cela suffit-il pour qu'il y ait dictée? Ce que la cour de Grenoble dit sur la question de principe est très-raisonnable en théorie. Le testateur, dit-elle, doit faire connaître quelles sont ses dispositions et le notaire doit les écrire sans les augmenter, les restreindre ou les modifier. Il suffit donc que le testateur, soit spontanément, soit d'après la demande qui lui en aura été faite, ait fait connaître au notaire ses volontés, que celui-ci ait compris la volonté du testateur et qu'il s'y soit conformé dans la rédaction (1). Mais est-ce là la théorie de la loi? C'est effacer le mot *dictée*, une des conditions substantielles du testament, pour en revenir aux règles générales qui régissent les actes notariés. D'après le code, le testateur doit prendre l'initiative en dictant ses dispositions. D'après l'arrêt de la cour de Grenoble, il n'y a plus de dictée, il n'y a qu'une réponse à une demande. Pourquoi la réponse est-elle nulle quand le testateur dit simplement *oui*, tandis qu'elle est valable quand il dit plus d'un mot? C'est l'arbitraire illimité là où la loi a voulu exclure l'arbitraire. Tous les auteurs critiquent la jurisprudence nouvelle qui tend à valider les testaments sur interrogat. Répondre n'est pas dicter, dit Coin-Delisle : c'est la décision du bon sens, et c'est la bonne (2).

Nous sommes heureux de citer un arrêt récent de la cour de Dijon qui consacre les vrais principes, en décidant que le testament par interrogat est contraire à la spontanéité du testateur et à la certitude des dispositions testamentaires. « Le but de la loi, dit la cour, en exigeant la dictée sous peine de nullité, a été non-seulement de

(1) Grenoble, 7 décembre 1849 (Dalloz, 1850, 2, 195).
(2) Coin-Delisle, p. 269, n° 4 de l'article 972; Aubry et Rau, t. V, p. 513, note 37; Demolombe, t. XXI, p. 258, n° 245.

prévenir toute erreur, toute surprise, toute suggestion, mais encore de s'assurer que le testateur a l'esprit assez net, le langage assez intelligible pour être compris tant par l'officier chargé de donner à sa parole la force obligatoire, que par les témoins appelés à constater si la rédaction est conforme à l'expression publique de sa pensée. Répondre par des monosyllabes, par des signes quelconques d'adhésion ou de consentement à des demandes suggérées par l'intérêt ou la cupidité de légataires présents à la confection de l'acte, ce n'est point manifester légalement sa volonté (1). »

311. La loi est rigoureuse, il faut l'accepter avec ses rigueurs, mais gardons-nous de les dépasser. On a essayé d'entraîner les tribunaux dans une sévérité excessive. Une testatrice avait réellement dicté son testament, elle avait prononcé, devant le notaire et les témoins, un certain nombre de phrases qui n'étaient autre chose que l'expression de ses dernières volontés. Dans le cours de la dictée, le notaire lui avait donné des explications sur la portée de certains mots et lui avait adressé des questions pour s'assurer s'il saisissait bien la pensée de la testatrice. On attaqua le testament de ce chef. C'était reprocher au notaire d'avoir fait ce qu'il a le droit et le devoir de faire; il doit éclairer le testateur sur le sens des mots dont celui-ci se sert et qu'il ne peut pas comprendre; il doit s'éclairer lui-même en demandant des explications au testateur pour savoir s'il a compris sa pensée. Ce n'est pas là faire un testament par interrogat (2).

312. Le testateur peut-il manifester sa volonté par des signes? On suppose qu'il est sourd-muet, mais qu'il a appris à manifester sa volonté par le langage des signes. La négative nous paraît certaine. Dicter, c'est parler ou lire, donc le muet ne peut pas tester par testament authentique. Vainement dirait-on que les signes remplacent la parole et que par ce langage on peut aussi bien exprimer sa volonté que par des paroles. Nous l'admettons; c'est

(1) Dijon, 16 février 1872 (Dalloz, 1872, 2, 213). Comparez Aix, 16 février 1871 (Dalloz, 1872, 2, 52).
(2) Rejet, chambre civile, 19 mars 1861 (Dalloz, 1861, 1, 99).

une raison pour le législateur de déroger à une formalité qui s'est introduite à une époque où les sourds-muets ne jouissaient pas encore du bienfait de l'instruction; mais l'interprète ne saurait admettre que celui qui ne peut pas parler soit en état de dicter. Pour les sourds-muets, il y a un motif particulier de douter. On est parvenu à former pour eux une sorte d'alphabet guttural et à leur apprendre à prononcer des paroles qui ne frappent jamais leur oreille. Un sourd-muet ainsi élevé peut-il tester? Ici, nous semble-t-il, on peut répondre que la loi ne définissant pas la dictée, le juge peut décider qu'il y a dictée dès que le testateur prononce des sons que lui comprend et que le notaire et les témoins comprennent; il y a parole parlée, donc dictée (1).

IV. *L'écriture.*

313. La loi veut que le notaire écrive le testament tel qu'il est dicté (art. 972). C'est encore une dérogation au droit commun. Les clercs écrivent d'ordinaire les actes reçus par les notaires. Pourquoi le code civil exige-t-il, sous peine de nullité, que le notaire lui-même écrive le testament? Furgole répond que c'est une précaution très-sage pour éviter que l'on ne couche dans le testament des dispositions que le testateur n'aurait point dictées. La raison n'est pas très-concluante. Peut-être le législateur a-t-il considéré que le notaire, plus instruit et ayant une plus longue expérience que le clerc ou toute autre personne, serait plus capable de rédiger le testament, en rendant exactement la pensée du testateur et en évitant toute cause de nullité. Il n'y a pas d'actes plus sujets à être attaqués, l'intérêt pécuniaire venant se joindre aux passions des héritiers; il importe donc à toutes les parties intéressées que le testament soit fait par l'officier public. Le notaire répond de la nullité, il est juste qu'il puisse la prévenir.

(1) Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, p. 349, note. Comparez Demolombe, t. XXI, p. 256, nos 242 *bis* et 244; Coin-Delisle, p. 370, n° 7 de l'article 972.

314. L'article 972 dit que le notaire doit écrire le testament *tel* qu'il a été dicté. Cela veut-il dire que le notaire doit écrire sous la dictée du testateur, comme un élève sous la dictée de son maître? En droit, on n'a jamais entendu la dictée ainsi. Les testaments sont souvent faits par des hommes illettrés, ou ne connaissant pas le sens des termes juridiques dont ils se servent; obligera-t-on le notaire à écrire mot à mot ce que le testateur lui dicte dans un langage incorrect et inintelligible? Ce que le législateur veut, c'est que la pensée du testateur soit rendue exactement par le notaire; quand son langage est incorrect, il est permis au notaire de mettre en bon français ce que le testateur lui a dicté en mauvais français, mais il ne peut rien ajouter à la pensée du disposant, rien en retrancher, ni la modifier en quoi que ce soit. Tout le monde est d'accord sur ce point (1). On a objecté les mots *tel qu'il a été dicté*. La cour de cassation répond que la dictée, dans l'esprit de la loi, n'implique point que le notaire emploie identiquement et matériellement les mots qui sont prononcés par le testateur. Ce que la loi veut, c'est que le testament soit l'expression fidèle de la volonté du défunt telle que lui-même l'a dictée; peu importe donc que le notaire ait reproduit les mêmes termes dont le disposant s'est servi; il se peut que la rédaction du notaire rende mieux la pensée du testateur, le style d'un homme expérimenté étant toujours plus précis et plus clair que celui des hommes même lettrés qui ignorent le droit et le langage juridique (2).

315. C'est d'après ces principes qu'il faut décider la question de savoir si le notaire peut rédiger les dispositions à la troisième personne, alors que le testateur a parlé à la première? Un arrêt de la cour de Bruxelles suppose que le notaire doit écrire à la première personne quand le testateur s'est exprimé ainsi. En effet, cela est plus régulier; le notaire ne doit jamais s'écarter de la

(1) Toullier, t. III, 1, p. 233, n° 419. Coin-Delisle, p. 372, n° 17 de l'article 972.
(2) Rejet, 4 mars 1840 (Dalloz, n° 2867, 3°, et les arrêts rapportés *ibid.*, 1° et 2°). Comparez Rejet, 15 janvier 1845 (Dalloz, 1845, 1, 92).

dictée sans raison plausible. Est-ce à dire qu'il y ait nullité de ce chef? Ici reparaît le principe que le notaire doit reproduire, non les paroles, mais la pensée du testateur; et qu'importe, pour l'exacte expression de la volonté du disposant, que le notaire écrive, comme le testateur a dit: *Je lègue*, ou qu'il dise qu'il a déclaré léguer (1)?

316. Il arrive assez souvent que le notaire écrit d'abord sur papier libre les dispositions qui lui sont dictées et qu'il les transcrit ensuite sur timbre; ou le notaire écrit le testament sur papier timbré dans l'intention que cette rédaction serve de minute; mais l'acte contenant un grand nombre de ratures et de renvois, le notaire juge convenable de le copier. Ce procédé est-il régulier? Il est de jurisprudence que le testament est valable si, bien entendu, la transcription s'est faite en présence des témoins et que lecture en soit donnée conformément à la loi; on n'exige pas que le testateur dicte le brouillon au notaire. Un arrêt de la cour de Bruxelles, tout en validant le testament, dit que cela n'est pas régulier (2). En effet, il n'y a qu'une minute, et c'est cette minute qui devrait être dictée par le testateur, tandis que, dans l'espèce, le testament est une copie, et on pourrait soutenir que cette copie n'a pas été dictée. Ce serait là un scrupule excessif. La cour de Bordeaux dit très-bien que la loi doit être entendue dans un sens raisonnable et pratique. Que veut le législateur? Il veut d'abord que le testateur prononce ses dispositions à haute voix afin de constater qu'elles émanent de sa libre volonté. Il veut ensuite que le notaire reproduise exactement les dispositions telles qu'elles ont été dictées et qu'il les écrive lui-même pour leur donner plus d'authenticité. Eh bien, c'est ce que le testateur et le notaire ont fait, nous l'avons supposé. Qu'importe que le notaire transcrive ce qu'il a écrit sous la dictée du testateur et qu'il corrige même la rédaction, si ses corrections n'ont d'autre objet que de rendre la volonté du dis-

(1) Bruxelles, 3 fructidor an XII. Comparez les autres arrêts rapportés par Dalloz, n° 2872, et Bourges, 26 février 1855 (Dalloz, 1855, 2, 295). Toullier, t. III, 1, p. 233, n° 418, et tous les auteurs.

(2) Bruxelles, 17 mars 1847 (*Pasicrisie*, 1849, 2, 237).

posant avec plus de précision et de clarté (1)? La décision de la cour de Bordeaux a été confirmée par la cour de cassation; elle a soin de constater que le notaire, après avoir écrit le testament sur papier libre, l'a immédiatement, sans intervalle de temps et sans désemparer, transcrit et reporté sur une feuille de papier timbré; elle constate de plus que les témoins ont assisté à la transcription. Donc on pouvait dire que le testament avait été écrit par le notaire tel qu'il avait été dicté (2).

317. Le notaire doit écrire le testament sous peine de nullité. Y aurait-il nullité si le préambule était écrit par le clerc? Le texte décide la question; il ne dit pas d'une manière absolue que le notaire doit écrire tout ce qui compose le testament; aux termes de l'article 972, le testateur *dicte* le testament et le notaire *doit l'écrire tel qu'il est dicté*. Ainsi la loi n'oblige le notaire d'écrire que ce qui est dicté par le testateur; or, celui-ci ne dicte pas la formule qui ouvre les actes notariés; donc cette formule ne doit pas être écrite par le notaire (3). Il y a un arrêt, en sens contraire, de la cour de Caen. La cour avoue que le texte de la loi permet la distinction que nous venons de faire entre le dispositif de l'acte et le préambule; cela n'est-il pas décisif? Peut-on créer une nullité en se fondant, comme le fait la cour, sur l'esprit des dispositions du code envisagées dans leur ensemble (4)? Encore l'esprit que la cour invoque est-il très-douteux. Que le testament soit un acte à part que le législateur a voulu entourer d'une grande solennité, personne ne le conteste; mais à qui est-ce à prescrire ces solennités particulières qui sont autant d'exceptions au droit commun? Est-ce à l'interprète? Par cela même que ce sont des exceptions, elles sont d'interprétation rigoureuse. Pourquoi le notaire doit-il écrire lui-même le testament? Pour que l'on ait une garantie que le testament est l'expression exacte de

(1) Bordeaux, 9 mars 1859 (Dalloz, 1859, 2, 220).
(2) Rejet, chambre civile, 19 mars 1861 (Dalloz, 1861, 1, 99).
(3) Coin-Delisle, p. 372, n° 17 de l'article 972. Demolombe, t. XXI, p. 273, n° 264, et tous les auteurs.
(4) Caen, 15 février 1842 (Dalloz, n° 2887).

la volonté du testateur et pour assurer que les formalités spéciales que le code prescrit soient observées. Cela ne concerne que le dispositif, le préambule est toujours le même; peu importe par conséquent par qui il est écrit. Nous ne continuons pas la critique de l'arrêt; tout ce que la cour dit s'adresse au législateur, et non à l'interprète. Encore le législateur aurait-il tort d'ajouter de nouvelles causes de nullité qui n'auraient aucun rapport avec l'expression de la volonté du défunt. Est-ce que l'écriture du protocole par le notaire garantira mieux la libre expression de la volonté du testateur que si le clerc l'avait écrit d'avance?

318. Dans quelle langue le notaire doit-il écrire le testament? En France, on applique aux testaments l'arrêté du 24 prairial an XI qui ordonne d'écrire en langue française les actes publics dans les départements de la ci-devant Belgique et autres réunis à la France, où s'était maintenu l'usage de dresser les actes dans la langue du pays, le flamand ou l'allemand. L'article 2 de l'arrêté permet aux officiers publics d'écrire à mi-marge de la minute française la traduction en idiome du pays, lorsqu'ils en sont requis par les parties. Après la publication du code civil, la question s'éleva de savoir si cet arrêté s'appliquait aux testaments. Les notaires de Bruxelles crurent qu'il était impossible de le concilier avec l'article 972, qui veut que le testament soit écrit par le notaire tel qu'il a été dicté par le testateur. A notre avis, ils avaient raison. Ecrire sous la dictée du testateur, c'est écrire dans la langue que le testateur parle, et non dans une langue qui est une traduction. L'esprit de la loi est encore plus contraire à l'application de l'arrêté de l'an XI que le texte. Pourquoi veut-elle que le notaire écrive le testament *tel qu'il est dicté par le testateur?* Pour assurer que le notaire rend la pensée exacte du testateur; et est-ce rendre la pensée que de la traduire? Où est la garantie que la traduction du notaire sera fidèle? Le grand juge ne fut pas de cet avis. Rien n'empêche, dit-il, que le testateur dicte dans sa langue maternelle et que le notaire écrive en français, sauf à ajouter une traduction; mais, dit-il, cette

traduction n'aura pas l'autorité de la rédaction française (1). C'est donc le texte français qui est l'original et qui seul fait foi. Quelle anomalie! Ce prétendu original n'est qu'une traduction que le notaire fait de la dictée du testateur; puis la traduction est de nouveau traduite dans la langue du testateur. N'était-il pas plus naturel tout ensemble et plus juridique de permettre au testateur de dicter ses dispositions dans sa langue et d'exiger que le notaire les écrive dans cette même langue? Sauf à le faire traduire par un interprète, si l'acte était produit en justice, quand les juges ne comprennent pas la langue dans laquelle le testament est écrit.

L'application de cette étrange législation souleva plus d'une difficulté. Il fallut que les notaires obéissent, ils furent obligés d'écrire les testaments dans une langue qu'eux-mêmes comprenaient imparfaitement. Les testaments ainsi rédigés dans une langue autre que celle du testateur étaient-ils valables? L'arrêté du 24 prairial et la lettre du grand juge ne sont pas des lois, et le code civil est une loi. Sous un régime constitutionnel et légal, la loi aurait dû l'emporter sur des actes administratifs. La jurisprudence admit la validité des testaments écrits en français, quoique dictés dans une autre langue. Restait à savoir comment se ferait la lecture. La lecture est une formalité, essentielle sans laquelle il n'y a pas de testament. Lira-t-on au testateur un testament écrit en français alors qu'il ne comprend pas le français? Lira-t-on la traduction faite par le notaire? La loi veut que l'on donne lecture au testateur de ce qu'il a dicté et de ce que le notaire a écrit sous sa dictée. Quand il n'y a pas de traduction, on se contente d'une interprétation orale faite par l'officier public (2). A notre avis, c'est violer l'article 972; il veut une lecture, et une lecture que le testateur comprenne, afin qu'il puisse se convaincre que le notaire a écrit ses dispositions telles que lui les a dictées, et on donne lecture au testateur d'un prétendu original

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Langue française*, n° V.
(2) Liége, 24 novembre 1806. Rejet, 4 mai 1807 (Dalloz, n°s 2874 et 2875).

qu'il ne comprend pas, d'une traduction qu'il ne peut pas vérifier, ou on lui fait une interprétation telle quelle. Est-ce là ce que la loi veut? La cour de Bruxelles n'a pas tort de dire que c'est calomnier la loi que de l'interpréter ainsi. Elle voulut donner une interprétation raisonnable à une législation qui est contraire à la raison; la cour décida, en conséquence, que la lecture se ferait de la traduction flamande, et non de l'original français (1). Ainsi pour rendre la législation raisonnable, il fallait violer l'arrêté de l'an XI, tel qu'il était interprété par le grand juge.

Il y eut des notaires qui continuèrent à rédiger les testaments dans la langue du testateur, en ajoutant une traduction française. C'était se mettre au-dessus d'un arrêté absurde. Mais comme l'arrêté ne prononce pas la nullité, ni aucune sanction, les notaires étaient libres de suivre le bon sens et l'équité. A vrai dire, ils rentraient dans la loi en rédigeant le testament dans la langue du testateur (2). Singulière législation qu'il faut violer pour rentrer dans la légalité!

Un arrêt récent de la cour de Bastia, confirmé par la cour de cassation, est un retour aux vrais principes méconnus par la législation et la jurisprudence. Dans l'espèce, le notaire avait écrit en italien ce que le testateur lui avait dicté dans cette langue, et pour se conformer autant que possible à la loi, il avait écrit en français la partie de l'acte qui est l'œuvre de l'officier public. La cour de Bastia décida formellement que les anciennes lois qui prononçaient la peine de nullité ne sont plus en vigueur, que l'arrêté du 2 thermidor an II, qui a renouvelé la défense, se borne à punir les rédacteurs, sans ajouter que les actes rédigés contrairement à l'arrêté seront nuls. Sur le pourvoi, la cour de cassation jugea que le notaire s'était très-exactement conformé aux prescriptions de l'article 972, ainsi qu'aux décrets; la cour approuve donc le notaire qui écrit l'acte dans la langue du testateur (3).

(1) Bruxelles, 17 juillet 1821 (*Pasicrisie*, 1821, p. 429).
(2) Comparez Coin-Delisle, p. 334, n° 20 de l'article 972. Bruxelles, 13 septembre 1808 (Dalloz, n° 2130, 2°).
(3) Rejet, 12 août 1868 (Dalloz, 1872, 1, 133).

Le bon sens a fini par l'emporter sur une législation absurde.

319. La constitution belge porte, article 23 : « L'emploi des langues usitées en Belgique est facultatif; il ne peut être réglé que par la loi, et seulement pour les actes de l'autorité publique et pour les affaires judiciaires. » Cette disposition abroge la législation française. C'est au testateur à déclarer dans quelle langue il entend que le testament soit rédigé. Si le notaire et les témoins comprennent la langue du disposant, il n'y a aucune difficulté. Il peut se faire que le notaire ne la comprenne pas; il y a dans les provinces wallonnes bien des notaires qui ne savent pas le flamand; la plupart des notaires ne connaissent pas l'allemand, qui est aussi une langue usitée dans une partie de la Belgique. Enfin il peut se faire qu'un étranger veuille tester en Belgique et qu'il ne sache aucune des langues qui s'y parlent. On demande si le notaire peut s'aider d'un interprète? La doctrine est, sur ce point, en désaccord avec la jurisprudence. Nous n'hésitons pas à décider, avec tous les auteurs, que le notaire doit connaître la langue du testateur; s'il ne la connaît point, il ne peut pas recevoir le testament. En effet, recevoir le testament, c'est l'écrire sous la dictée du testateur; quand même celui-ci consentirait à ce que le notaire écrive le testament en français, il faut au moins qu'il comprenne ce que le testateur lui dicte; faire intervenir un interprète qui traduit ce que le testateur dicte, c'est dire que le notaire écrira ce que l'interprète lui dictera; cela est contraire à l'article 972, et même à l'arrêté du 24 prairial an XI. Cet arrêté admet bien le notaire à interpréter ce que le testateur lui dicte; mais il ne permet pas au notaire de se servir du ministère d'un interprète (1).

La cour de Metz a jugé en sens contraire. Elle n'invoque d'autre argument que la nécessité (2). Il est très-vrai que si le testateur ne trouve pas de notaire qui connaisse la

(1) Vazeille, t. II, p. 423, art. 972, n° 3. Duranton, t. IX, p. 113, n° 80. Demolombe, t. XXI, p. 264, n° 251.
(2) Metz, 21 août 1823 et 19 novembre 1828 (Dalloz, n° 2878).

langue dans laquelle il veut tester, il ne pourra pas faire de testament par acte public. C'est une lacune dans nos lois; appartient-il à l'interprète de la combler? Non, certes, car c'est déroger à l'article 972; le législateur seul a ce droit : nous signalons la lacune à son attention.

V. *La lecture.*

320. Aux termes de l'article 972, il doit être donné lecture du testament au testateur en présence des témoins. D'après l'article 1001, cette formalité est prescrite sous peine de nullité. Le code déroge, sous ce rapport, au droit commun. Tout acte notarié doit être lu aux parties avant sa clôture; la loi du 25 ventôse an XI le suppose, puisqu'elle prescrit la mention de la lecture, mais elle ne la prescrit pas à peine de nullité (art. 13); tandis que le code civil veut que lecture soit donnée du testament au testateur en présence des témoins, et cela à peine de nullité. Quelle est la raison de cette nouvelle rigueur? C'est la suite et le complément de la dictée et de l'écriture. Pour garantir que le testament est l'expression exacte de la libre volonté du testateur, la loi veut que lui-même dicte et que le notaire écrive sous sa dictée. Comment s'assurer que le notaire a réellement écrit ce que le testateur a dicté? Il n'y a qu'un moyen, c'est la lecture de ce que le notaire a écrit. C'est au testateur à veiller; si le notaire n'a pas écrit ses dispositions telles qu'il les a dictées, il fera corriger l'acte. La présence des témoins complète ce système de garanties (1).

321. Qui doit donner lecture du testament? La question est très-controversée, et il y a quelque doute. On prétend qu'elle est tranchée par le code civil. C'est le notaire qui *reçoit* le testament, c'est donc lui qui doit faire toutes les opérations requises par la loi pour la perfection du testament; or, la lecture est une des formalités substantielles de l'acte; c'est donc le notaire qui doit la faire.

(1) Coin-Delisle, p. 373, n° 19 de l'article 972. Demante, t. IV, p. 277, n° 217 *bis* II.

Si ce n'est pas lui, qui la fera? Ce n'est pas le testateur, puisque l'article 972 veut que la lecture soit faite au testateur; ce ne sont pas les témoins, puisque la lecture doit se faire en leur présence; or, le testateur, les témoins et le notaire sont les seules personnes qui figurent au testament. Le testateur et les témoins ne pouvant faire la lecture, il ne reste que le notaire(1). Si elle n'est pas faite par lui, dit-on, le testament est nul.

La conséquence qui résulte de cette opinion nous la fait rejeter; peut-il y avoir une nullité sans texte? et y a-t-il un texte qui ordonne au notaire de lire le testament? L'article 971 dit que le notaire reçoit le testament. Vient ensuite l'article 972 qui explique en quoi consiste la réception du testament; le notaire l'écrit sous la dictée du testateur. Après cela, il est donné lecture du testament; la loi ne dit plus pour la lecture ce qu'elle dit de l'écriture; cette différence de rédaction doit avoir une raison. Régulièrement le notaire fera la lecture; mais si une indisposition l'en empêchait, pourquoi le clerc ne la ferait-il pas? Il y a une bonne raison pour laquelle le notaire doit écrire ce que le testateur dicte. Il n'y en a aucune pour obliger le notaire de lire le testament. C'est une opération purement matérielle, et plus elle se fait mécaniquement, mieux elle répond à l'intention du législateur; il est donc bon qu'elle se fasse par une autre personne que le rédacteur, qui pourrait être tenté, en le lisant, de corriger ce qu'il a écrit, ou qui, pour un motif plus criminel, pourrait altérer la pensée du testateur, en ce sens qu'il ne lirait pas ce qu'il a écrit contrairement à la dictée. Quoi qu'il en soit, la loi ne fait pas au notaire une obligation expresse de lire le testament; aussi n'exige-t-elle point que mention soit faite de la lecture par le notaire, ce qu'elle n'aurait pas manqué d'ordonner si sa volonté était que le notaire fît la lecture (2).

On demande si le testateur peut faire la lecture. La

(1) Cette opinion est très-bien soutenue par Demolombe, t. XXI, p. 277, n° 269. Comparez les auteurs qu'il cite.

(2) Aubry et Rau, t. V, p. 514, note 47. Bruxelles, 18 avril 1827 (*Pasicrisie*, 1827, p. 136). Bordeaux, 5 juillet 1855, très-bien motivé (Dalloz, 1856, 2, 9).

question est très-intéressante en ce qui concerne les sourds. Si la surdité est complète, la lecture par le notaire au testateur serait dérisoire, et par suite le testament serait nul. Quand la surdité n'est pas absolue, c'est une question de fait (1). Le notaire ne pouvant faire la lecture à un testateur qui n'entend point, on demande si le testateur lui-même pourrait donner lecture du testament. Nous disons *donner* lecture, et non *prendre* lecture; sur ce point, il n'y a aucun doute, la loi veut que lecture soit *donnée* en présence des témoins; il faut donc que les témoins entendent la lecture qui est faite. De là suit que si le testateur prenait lecture du testament à voix basse, la formalité prescrite par la loi ne serait pas remplie, et par conséquent le testament serait nul (2). Que faut-il décider si le testateur lit à haute voix en présence des témoins? Cette lecture satisfait-elle à la loi? Il y a un motif de douter dans le texte même de l'article 972; le code veut que lecture soit donnée *au testateur*; ce qui semble exclure la lecture faite par le testateur. Vainement dit-on que le but de la loi est atteint par la lecture que fait le testateur, aussi bien que par la lecture que ferait le notaire. Il est certain que le testateur s'assurera, par ses propres yeux, que le notaire a exactement rendu sa pensée, et les témoins, entendant la lecture faite par celui qui est surtout intéressé à ce que le testament soit l'expression fidèle de sa pensée, pourront d'autant mieux attester que le notaire a écrit ce que le testateur a dicté. La cour de Montpellier répond que la lecture *au testateur* est une formalité substantielle de l'acte; or, les formalités ne se remplissent pas par équipollent. Nous admettons avec la cour que l'équipollence n'est admise que pour les mentions, qu'elle ne l'est pas pour les formalités; mais la question est précisément de savoir si la formalité de la lecture consiste à lire le testament au testateur, ou s'il suffit que le testateur en donne lui-même lecture. Quand

(1) Agen, 2 août 1834 (Dalloz, au mot *Dispositions*, nº 234).
(2) Bruxelles, 14 mars 1818 (*Pasicrisie*, 1818, p. 63). Montpellier, 1er décembre 1852 (Dalloz, 1853, 2, 83), et Rejet de la chambre civile, 10 avril 1854 (Dalloz, 1854, 1, 169). Aubry et Rau, t. V, p. 488, note 5.

la loi dit que lecture doit être donnée au testateur, elle veut que le testateur puisse s'assurer que le notaire a écrit ce qu'il lui a dicté, et qu'il puisse s'en assurer par la lecture. Or, c'est ce qui a lieu quand lui-même donne lecture; il voit et il entend, Que veut-on de plus? Qu'il entende ce que le notaire lit? La loi ne l'exige pas. C'est là notre motif de décider; la loi ne dit pas que le notaire doit donner lecture, et quand elle dit que lecture doit être donnée au testateur, elle veut uniquement que le testateur entende ce que le notaire a écrit.

Si l'on admet que le testateur peut donner lecture du testament, rien ne s'oppose à ce que le sourd puisse tester. On suppose naturellement qu'il sait lire et qu'il donne lecture à haute voix du testament. La jurisprudence se forme en ce sens (1). L'arrêt de la cour de cassation que nous avons cité (p. 365, note 2) n'est pas contraire; il écarte la question et rejette le pourvoi, uniquement parce que, d'après les faits constatés par la cour de Montpellier, il était établi que le testateur n'avait pas donné lecture à haute voix du testament.

Un arrêt récent de la cour de cassation a décidé que le testament d'une personne atteinte de surdité est valable lorsqu'il y est mentionné que le notaire l'a lu en entier au testateur devant les témoins et que le testateur, qui savait lire, en a pris ensuite une connaissance entière en le lisant lui-même devant les témoins. La cour d'Aix s'efforce de démontrer qu'il résultait de ces mentions que la testatrice avait *donné* lecture du testament, c'est-à-dire qu'elle l'avait lu à haute voix. Cela était très-contestable; la cour de cassation ne reproduit pas cette partie de l'arrêt, elle se borne à dire que les constatations satisfont aux prescriptions de la loi. En effet, d'une part, elles établissent que le notaire a lu le testament en entier à la testatrice devant les témoins, qui ont ainsi pu s'assurer par eux-mêmes que les dispositions dictées par la testatrice avaient été exactement reproduites par l'officier public. D'autre part, elles établissent que la testatrice, qui

(1) Bruxelles, 27 juin 1857 (*Pasicrisie*, 1857, 2, 421). Aix, 10 novembre 1869 (Dalloz, 1870, 2, 106).

savait lire, a pris connaissance entière du testament par la lecture qu'elle en a faite elle-même devant le notaire et les témoins, et qu'elle s'est ainsi assurée qu'il contenait bien l'expression de ses volontés, ce qu'elle avait formellement déclaré (1). Il nous reste un doute. Le notaire constate que la testatrice a pris connaissance de son testament par la lecture qu'il en a faite. Comment le sait-il? Il ne peut l'attester que si le testateur lit à haute voix. Nous aboutissons à cette conclusion que la lecture donnée par le notaire et la lecture donnée par le testateur, l'une et l'autre en présence des témoins, satisfont aux exigences de la loi, la lecture du notaire satisfait au texte et la lecture du testateur satisfait à l'esprit de la loi.

322. L'ordonnance de 1735 (art. 15) prescrivait la lecture du testament *en entier*. Ces mots ne sont pas reproduits par l'article 972; mais peu importe, car dire que lecture doit être donnée du testament, c'est dire qu'il doit être lu depuis le commencement jusqu'à la fin. Il arrive parfois qu'après la lecture le testateur ajoute une disposition sans que le notaire en fasse lecture. Il est certain que cette disposition est nulle; car les dispositions, quoique dictées par le testateur et écrites par le notaire, ne deviennent des dispositions testamentaires que lorsque lecture en a été donnée au testateur. Il faut aller plus loin et décider que le testament tout entier est nul. En effet, la lecture du testament est une formalité substantielle; or, il n'y a de testament que lorsqu'il a été lu en entier. Cela est décisif (2). On a objecté qu'il fallait appliquer aux dispositions ajoutées, dont lecture n'a pas été donnée, ce que la loi de ventôse décide des surcharges, des apostilles et des interlignes : les mots interlignés ou surchargés sont annulés, mais cela n'empêche pas le reste du testament d'être valable; c'est l'application du vieil adage : *Utile per inutile non vitiatur*. Pourquoi ne pas étendre cet adage aux dispositions ajoutées après la lecture? La réponse est simple et péremptoire. Il s'agit

(1) Rejet de la chambre civile du 14 février 1872 (Dalloz, 1872, 1, 457).
(2) Toullier, t. III, 1, p. 249, nº 432, et tous les auteurs.

d'une des formes substantielles du testament; la lecture est prescrite au même titre que la dictée et l'écriture; et chacune de ces formes doit être remplie pour tout le testament, à peine de nullité. Concevrait-on un testament dicté en partie seulement par le testateur ou écrit en partie par le notaire? On ne conçoit pas davantage une lecture partielle (1). En ce sens on peut dire avec les auteurs que le testament est indivisible; il n'y a de testament que lorsqu'il est dicté en entier par le testateur, écrit en entier par le notaire et qu'il en a été donné lecture en entier au testateur.

323. Par application de ce principe, la cour de Turin a jugé que les additions faites à un testament après la lecture étaient nulles et entraînaient la nullité de tout le testament. Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet fondé sur l'indivisibilité de l'acte; les additions et le corps du testament ne faisant qu'un seul et même acte, cet acte doit être lu en entier, et il est vicié pour le tout si la lecture n'est pas faite (2). Ce principe, si on l'appliquait d'une manière absolue, mécaniquement, aboutirait à des conséquences que la raison et le droit désavouent également. Merlin a proposé une distinction. Si l'addition est un nouveau legs, il n'y a pas de doute; le legs fait corps avec le testament, et est par conséquent soumis à toutes les formes substantielles du testament par acte public; il faut qu'il soit dicté, écrit et lu avec toutes les autres dispositions, à peine de nullité. Si l'addition, quoique contenant une disposition nouvelle, était faite sous forme de renvoi et avec observation des formalités prescrites par la loi, dans ce cas, le renvoi est censé se trouver dans le testament même; de sorte que si l'acte porte la mention que lecture a été faite du testament, la mention se rapporte au renvoi aussi bien qu'au corps de l'acte, parce que le renvoi aura été lu en même temps que la partie de l'acte dont il est une suite. Supposons maintenant que les

(1) Vazeille, t. II, p. 443, n° 22 de l'article 972. En sens contraire, Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, p. 399, note.
(2) Rejet, 19 avril 1809 (Dalloz, n° 2998). Comparez Rejet, 12 novembre 1816 (Dalloz, n° 2544, 1°).

additions, sans être des renvois, soient une explication d'une clause du testament. Merlin distingue. Ou il s'agit d'une explication que le juge pourrait suppléer, quand même le testateur ne l'aurait point ajoutée; dans ce cas, l'addition est inutile et partant l'on n'en doit tenir aucun compte. Ou bien le juge ne pourrait suppléer l'explication, si le testateur l'avait omise; dans ce cas, il en doit être donné lecture, sous peine de nullité (1).

La jurisprudence consacre ces distinctions. Après la clôture du testament, le testateur déclare que les honoraires du notaire seront payés par chaque légataire; disposition inutile, puisque ces sortes de frais sont à charge du légataire, soit d'après l'usage, soit d'après l'article 1016; en tout cas, ce n'est qu'une disposition interprétative, dit la cour de Grenoble; or, d'après une loi romaine, les dispositions de cette nature ne sont pas soumises aux solennités du testament (2). La jurisprudence applique la même distinction aux clauses révocatoires qui se trouvent parfois à la suite d'un testament : si la révocation résultait du testament, la clause révocatoire est inutile et le défaut de lecture d'une disposition inutile ne peut pas vicier le testament (3). A plus forte raison faut-il faire abstraction de la clause révocatoire, si elle est de pur style, c'est-à-dire s'il n'existait point de testament antérieur; une pareille clause est plus qu'inutile, elle est nulle, et des clauses nulles doivent-elles être lues (4)? Si, au contraire, il y avait un testament et si la révocation ne résultait pas du nouvel acte, la clause révocatoire serait essentielle et lecture en devrait être donnée, sous peine de nullité du testament. La cour de cassation l'a jugé ainsi sur le réquisitoire de Merlin (5).

La distinction est fondée en théorie, mais le code con-

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Testament*, sect. II, § III, art. II, nº VI (t. XXXIII, p. 503, et nº V, p. 491).
(2) Grenoble, 9 juillet 1823 (Dalloz, nº 2995).
(3) Metz, 28 janvier 1813 (Dalloz, nº 3003, 1º); Toulouse, 11 février 1818 (Dalloz, nº 3002, 2º).
(4) Limoges, 28 août 1839 (Dalloz, nº 3002, 3º).
(5) Rejet, 4 novembre 1811 (Merlin, *Répertoire*, au mot *Testament*, sect. II, § III, art. II, nº VI, t. XXXIII, p. 503 et suiv.)

sacre-t-il cette théorie? Nous ne le croyons pas. L'article 972 veut, à peine de nullité, que le notaire écrive tout ce que le testateur lui dicte, et tout ce qu'il a écrit doit être lu; la loi ne distingue pas, et l'interprète ne peut pas introduire dans la loi des distinctions qui n'y sont point. S'il était permis de décider que telle disposition ne doit pas être lue, parce qu'elle est inutile ou nulle, on pourrait, par la même raison, décider qu'elle ne doit pas être dictée, ni écrite par le notaire. Que deviendraient alors les formes substantielles de l'acte?

VI. *Des mentions.*

1. PRINCIPES GÉNÉRAUX.

324. Après avoir dit que le testament doit être dicté par le testateur, écrit par le notaire tel qu'il est dicté, et qu'il en doit être donné lecture au testateur en présence des témoins, l'article 972 ajoute : « Il est fait du tout mention expresse. » C'est une nouvelle formalité que la loi prescrit à peine de nullité du testament, et c'est celle qui a donné lieu aux plus nombreuses difficultés. On se demande, en présence de tant de procès et de tant de testaments annulés par la faute des notaires, si les auteurs du code n'ont pas dépassé le but qu'ils avaient en vue. En théorie, il est facile de justifier la loi, quelque rigoureuse qu'elle paraisse. Pourquoi le législateur a-t-il prescrit des solennités pour l'existence du testament? C'est une garantie pour le testateur et pour ses héritiers naturels. Il est assiégé par de mauvaises passions, la cupidité, la haine, l'affection déréglée, le zèle religieux mal entendu. Comment assurer sa liberté? comment empêcher que les parents que la nature appelle à lui succéder ne soient injustement dépouillés? Le législateur n'a qu'un moyen, ce sont les formes. Voilà pourquoi les solennités sont substantielles. Mais il ne suffit point de prescrire des formes, il faut aussi veiller à ce qu'elles soient observées. Suffisait-il de déclarer qu'elles doivent être remplies sous peine de nullité? Les lois n'ont pas d'autre sanction, quelque importantes qu'elles soient, quand même elles concernent

l'ordre public et les bonnes mœurs. Le législateur ne s'en est pas contenté en matière de testaments. Pour avoir une preuve de l'observation des formes et une garantie qu'elles seront remplies, il exige, sous peine de nullité, que le notaire fasse mention de l'accomplissement des formes que la loi prescrit; de sorte que le testament est nul, non-seulement quand une formalité n'a pas été remplie et qu'il n'y a pas de mention qu'elle l'a été; mais qu'il est encore nul alors même que la formalité aurait été observée; il suffit que la mention ne soit pas faite. Il y a plus. Toute espèce de mention ne suffit point, il faut une mention expresse; si la mention n'est pas expresse, le testament est nul, quoique la formalité ait été remplie et que le notaire en ait fait mention (1).

Nous demandons la raison de ce surcroît de rigueur. Merlin, et après lui tous les auteurs répondent : Il faut une garantie, et le législateur a choisi la plus forte, l'intérêt et l'honneur de l'officier public qui reçoit le testament. Le notaire sait qu'il doit mentionner l'observation des formalités à peine de nullité; il sait que l'annulation du testament pour ignorance ou négligence grave le soumet à une action en responsabilité; il ne manquera donc pas de faire les mentions que la loi exige. Le voilà forcé moralement de remplir les formalités dont il fait mention, car s'il déclare les avoir remplies alors qu'en réalité elles ne l'ont pas été, il commet le crime de faux, et il sera puni des travaux forcés. C'est ainsi que la loi assure l'observation des solennités testamentaires. La mention est en même temps la preuve de leur accomplissement. Si la loi ne prescrivait pas la mention, on pourrait contester qu'elles aient été observées; de là des procès très-difficiles à juger, et par conséquent le sort des testaments serait abandonné à l'incertitude des preuves judiciaires. La nécessité de la mention a pour conséquence que la preuve des solennités doit se trouver dans le testament même; c'est l'officier public chargé de remplir les formalités qui atteste qu'elles l'ont été (2).

(1) Coin-Delisle, p. 375, nos 31-34 de l'article 972, et tous les auteurs.
(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Testament*, sect. II, § II, art. IV (t. XXXIII,

Cela est parfait en théorie. Il n'en est plus de même quand on voit les innombrables procès auxquels la nécessité de la mention a donné lieu. Elle doit être une garantie pour le testateur, et le plus souvent elle tourne contre lui ; que de testaments ont été annulés pour mentions insuffisantes, alors que le juge avait la certitude morale qu'ils étaient l'expression de la libre volonté du défunt ! On dira : tant mieux pour les héritiers ! Ce tant mieux implique une injustice. Sans doute, les testaments doivent être une exception. Mais la loi les admet, et elle doit les maintenir, quelque favorables que soient les héritiers ; tandis que, grâce au formalisme du code civil, la volonté la plus certaine du défunt risque toujours d'être méconnue. Et quand les héritiers ont réellement droit et intérêt à attaquer les dispositions du défunt, trouveront-ils un appui dans le formalisme que nous critiquons comme excessif? Les testaments arrachés par la captation et la suggestion ne manquent point, et ce sont précisément ceux-là qui sont irréprochables sous le rapport de la forme. La fraude a bon soin de se mettre en règle, car son métier est de s'emparer des formes de la loi pour en violer plus sûrement l'esprit. A notre avis, mieux eût valu s'en tenir au droit commun. Nous ne poursuivons pas cette discussion, parce que la question est purement législative.

325. L'article 972 porte : « Il est fait du tout mention expresse. » Qui doit faire cette mention? Est-ce le notaire? Ou le testateur peut-il déclarer qu'il a dicté son testament, que le notaire l'a écrit tel qu'il l'a dicté, et que lecture lui a été donnée du testament en présence des témoins? Si la question pouvait être décidée en théorie, d'après les principes, elle ne serait pas douteuse. Ce n'est pas le testateur qui reçoit le testament, c'est le notaire ; c'est donc l'officier public qui doit remplir les formalités substantielles sans lesquelles il n'y a point de testament. Pourquoi la loi prescrit-elle les mentions? Parce qu'elle

p. 401 et suiv.), et tous les auteurs. Arrêt de la chambre criminelle, 8 octobre 1807 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 2835).

veut une garantie pour l'accomplissement des formalités; cette garantie, elle la cherche dans l'intérêt et dans l'honneur du notaire. C'est lui qui sera responsable si le testament est nul en la forme; c'est lui qui sera poursuivi comme faussaire si le testament est faux. Que deviennent ces garanties si c'est le testateur qui déclare que les formalités ont été remplies? Elles s'évanouissent; l'officier public n'est plus qu'un secrétaire qui ne répond de rien, puisque sa mission se borne à constater les déclarations du testateur. Ainsi la validité du testament dépendra de l'ignorance du testateur! A quoi bon alors un notaire, et pourquoi intervient-il? Dans la théorie du testament par acte public, le testateur a son rôle et le notaire a le sien. Le testateur teste, le mot le dit, il n'a pas autre chose à faire que de déclarer ses dernières volontés; le notaire reçoit ses déclarations et remplit les formalités nécessaires à l'authenticité de l'acte. Tels sont les principes; reste à savoir si le code les consacre.

Ici le doute commence, et par suite la controverse. L'article 972 ne dit pas par qui la mention sera faite. Ce silence est d'autant plus remarquable que les auteurs du code avaient sous les yeux l'ordonnance de 1735 qui voulait que les notaires fissent les mentions prescrites par la loi; l'ordonnance le disait formellement pour la lecture du testament nuncupatif écrit, et, dans l'usage, on appliquait cette disposition à toutes les formalités dont mention devait être faite. Un usage contraire s'était introduit dans la ville de Valenciennes : le testateur seul parlait dans l'acte reçu par le notaire; celui-ci se bornait à écrire et à signer le testament, sans qu'il y eût de sa part aucune énonciation qui lui fût personnelle et relative au caractère dont il était revêtu. Ainsi le testateur rendait seul témoignage que les formalités prescrites par les ordonnances avaient été observées. Une déclaration du 16 mai 1763 réprouva cet usage, contraire à celui qui avait lieu dans le reste du royaume (1). La déclaration porte qu'à l'avenir les notaires seront tenus de faire eux-mêmes, et

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Testament*, sect. II, § II, art. VI, n° II

en leur nom, la mention de l'accomplissement des formalités requises par les ordonnances.

Telle est la tradition. Puisqu'il y avait eu des usages contradictoires, pourquoi les auteurs du code n'ont-ils pas consacré formellement l'interprétation admise par la déclaration de 1763? Le silence de la loi semble autoriser l'interprétation contraire : elle ne dit pas que le notaire donnera lecture du testament, elle ne dit pas que le notaire fera mention que les formalités de l'article 972 ont été observées. Peut-on, dans le silence du code, prononcer la nullité du testament pour inobservation d'une formalité que le code n'impose pas expressément au notaire? Le texte de l'article 972 fait encore naître un autre doute; il s'exprime dans les mêmes termes en parlant de la lecture et en parlant de la mention : *il doit être donné lecture : il est fait mention*. La loi ne dit pas que le notaire donnera lecture, elle ne dit pas que le notaire fera mention. Si l'on admet, comme nous l'avons fait (n° 321), que la lecture ne doit pas nécessairement être faite par le notaire, ne faut-il pas admettre aussi que la mention ne doit pas nécessairement être faite par lui?

Il y a une différence. La lecture est un fait matériel; c'est une formalité qui peut être remplie par un clerc ou par le testateur, aussi bien que par le notaire. Tandis que la mention est un fait juridique, une formalité qui consiste dans la rédaction; or, c'est le notaire qui rédige l'acte : n'est-ce pas dire que c'est lui qui doit faire les mentions?

Le texte que l'on oppose à cette théorie n'est pas aussi décisif qu'on le dit. On s'attache exclusivement à l'article 972; il faut le combiner avec l'article 971 dont il est une suite. Or, l'article 971 dit que le notaire *reçoit* le testament par acte public. *Recevoir* l'acte, c'est l'écrire, et les mentions font partie de la rédaction; c'est donc l'officier public chargé de la réception qui doit faire les mentions voulues par la loi. En combinant l'article 971 avec l'article 972, on arrive à la conclusion que c'est le notaire

(t. XXXIII, p. 412 et suiv.). Coin-Delisle, p. 380, n° 53 de l'article 972. Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, p. 378, note *a*. Troplong, t. II, p. 45, n° 1565. Demolombe, t. XXI, p. 803, n° 299.

qui doit faire mention de l'accomplissement des formalités substantielles, sans lesquelles il n'y a point de testament. On dira que nous prouvons trop; que si l'article 971 combiné avec l'article 972 prouve que le notaire doit faire les mentions prescrites par le dernier article, il prouve aussi qu'il doit faire la lecture que le même article prescrit. Nous avons répondu d'avance à l'objection: la lecture de l'acte ne tient pas à la réception de l'acte; cela est si vrai que le législateur a cru devoir répéter que la lecture devait se faire en présence des témoins, bien que l'article 971 eût déclaré que le testament est *reçu* en présence de deux ou de quatre témoins. On conçoit donc que lecture soit donnée par un tiers; on ne conçoit pas qu'un autre que le rédacteur de l'acte mentionne l'accomplissement des formalités que la loi prescrit, car les mentions sont un des éléments de l'acte, et c'est le notaire qui *reçoit* l'acte.

Nous avouons que les textes laissent quelque incertitude parce qu'ils mettent la lecture et les mentions sur la même ligne. Quand le texte est douteux, il faut recourir à l'esprit de la loi. Or, l'esprit de la loi dissipe tout doute. C'est sur l'officier public que la loi compte, et doit compter, pour l'observation des formalités qu'elle prescrit. Il en est surtout ainsi en ce qui concerne les mentions. La plupart des testateurs ignorent ce que c'est qu'une mention; ils se reposent sur le notaire. Il y a une autre considération qui nous paraît décisive quant à l'esprit de la loi. L'article 14 de la loi du 25 ventôse an XI veut, à peine de nullité, que les actes soient signés par les parties, les témoins et les notaires, *qui doivent en faire mention*. Quant aux parties qui ne savent ou ne peuvent signer, *le notaire doit faire mention* de leurs déclarations à cet égard. Si le notaire doit faire mention des signatures, ou de la déclaration des parties qu'elles ne savent ou ne peuvent signer, il faut, par identité de raison, admettre que toutes les mentions doivent être faites par les officiers publics et non par le testateur (1).

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Testament*, sect. II, § II, art. VI, n° III (t. XXXIII, p. 414 et suiv.).

Notre conclusion est que la formalité de la mention n'aurait plus de raison d'être si elle pouvait résulter de la seule déclaration du testateur. Toutefois nous ajouterons une réserve. La loi ne prescrivant pas en termes formels que le notaire fasse la mention, on ne peut pas exiger, sous peine de nullité, que la mention soit faite dans cette forme; tout ce que l'on peut dire, c'est que l'acte doit prouver que la mention émane du notaire ou que du moins il se l'est appropriée, quand, par une mauvaise rédaction, il l'a placée dans la bouche du testateur. La jurisprudence est en ce sens.

326. La jurisprudence des cours de Belgique est la plus rigoureuse. Il a été jugé par la cour de Bruxelles que le testament est nul quand le notaire ne fait pas lui-même la mention que les formalités de l'article 972 ont été observées. C'est la tradition, dit la cour, et il est manifeste que les auteurs du code civil l'ont consacrée, car si la mention a été prescrite, c'est comme preuve et garantie du plein et entier accomplissement des formalités substantielles du testament authentique. On objectait que la testatrice avait déclaré qu'elle avait dicté son testament et que le notaire l'avait écrit sous sa dictée. Cette déclaration, disait-on, constatée par le notaire, fait foi; donc il est prouvé que le testament a été dicté par la testatrice et écrit par le notaire. La cour répond que l'acte ne prouve qu'une chose, c'est que la testatrice a fait cette déclaration, mais que rien ne prouve que la déclaration fût vraie, le notaire ne l'ayant pas affirmé. Cela est si vrai que si la déclaration avait été fausse, le notaire n'aurait pu être poursuivi pour faux; preuve invincible que la mention n'émanait pas du notaire. En définitive, il n'y avait aucune preuve de l'accomplissement des formalités; donc l'article 972 était violé dans sa dernière disposition, partant le testament était nul (1).

Dans une espèce identique qui s'est présentée devant la même cour, l'acte portait aussi la simple déclaration du testateur, qu'il avait dicté son testament au notaire et

(1) Bruxelles, 16 mai 1821 (*Pasicrisie*, 1821, p. 382).

que ledit notaire l'avait écrit sous sa dictée; aucune affirmation du notaire ne constatait la vérité de cette déclaration. Qu'en résultait-il? C'est que la déclaration pouvait être erronée ou fausse, sans que le notaire pût être poursuivi pour faux. Cela prouve, dit l'arrêt, que la déclaration du testateur n'atteint pas le but que le législateur a eu en vue, celui de garantir l'observation des formalités par la responsabilité que le notaire encourt si, ayant mentionné la dictée et l'écriture, il se trouvait que le testament n'avait pas été dicté par le testateur ni écrit par le notaire. La conséquence est que la mention résultant de la seule déclaration du testateur n'est pas la mention que la loi a voulue, partant le testament est nul faute de mention (1).

327. La jurisprudence française tend à maintenir le testament, alors même que la mention de l'accomplissement des formalités est placée dans la bouche du testateur, mais à une condition, c'est qu'il résulte de l'acte que le notaire s'est approprié la déclaration du testateur; il faut ajouter qu'on admet très-facilement que le notaire fait sienne la déclaration qu'il place dans la bouche du testateur. Le testateur dit : « Je donne et lègue... Telles sont mes intentions. Après en avoir ouï la lecture en présence des témoins, et dont j'ai demandé acte audit notaire, que moi ledit notaire lui ai octroyé. » On attaqua le testament pour défaut de mention. La cour décida qu'il y avait mention suffisante; car, dit-elle, la déclaration faite par le testateur n'est pas étrangère au notaire; celui-ci, garant des faits qu'il énonce, se rend propre la déclaration qu'il en a placée dans la bouche du testateur et atteste, par conséquent, ce qu'il a exprimé. Cela n'est pas exact; le notaire qui constate la déclaration du testateur n'affirme et n'atteste qu'une chose, c'est que cette déclararation lui a été faite, il ne dit pas qu'elle est vraie, car il ne parle pas en son nom. Dans l'espèce, le notaire avait octroyé acte au testateur de sa déclaration; la cour en

(1) Bruxelles, 1er juin 1825 (*Pasicrisie*, 1825, p. 408). Comparez Limoges, 22 juin 1813 (Dalloz, n° 2988).

conclut qu'il est certain que les formalités ont été remplies par le notaire. Cela même est douteux; donner acte d'une déclaration, c'est certifier qu'elle a été faite, ce n'est pas certifier, comme le prétend la cour de Besançon, que la formalité a été remplie par le notaire. Enfin la cour s'appuie sur le texte de l'article 972, sans rien dire de l'article 971 ni de l'esprit de la loi (1).

La cour de Nancy a jugé dans le même sens. Elle considère la mention placée dans la bouche du testateur comme une inexactitude de rédaction; ce qui n'empêche point que la déclaration soit censée émanée du notaire; celui-ci se la rend propre parce qu'il est garant de tous les faits qu'il énonce *comme siens*. Oui, s'il les a énoncés *comme siens*; non, s'il les a énoncés comme émanant du testateur. A la suite de l'énonciation de la lecture, le notaire avait placé celle de la rédaction par lui faite sous la dictée du testateur; puis venaient les mots de l'article 972 : « Le tout en présence des témoins. » La cour, tenant compte de la rédaction inexacte, embarrassée, de l'acte, a reporté cette dernière mention à la lecture. Cela est admissible avec quelque indulgence, mais cela ne prouve pas que le notaire se soit approprié la déclaration de lecture faite uniquement par le testateur. Sur le pourvoi, la cour de cassation prononça un arrêt de rejet qui n'a pas grande importance, puisque la cour se fonde uniquement sur l'appréciation que la cour de Nancy avait faite des diverses énonciations du testament (2).

Il y a un autre arrêt de rejet qui est plus significatif. Dans la première partie du testament, le testateur parlant lui-même, énonçait que les formalités de l'article 972 avaient été remplies; à la fin de l'acte, le notaire ajoutait la même déclaration en son nom; la cour d'appel en conclut que le notaire s'appropriait tout ce que le testateur disait de l'accomplissement des formalités; ce qui remplissait le vœu de la loi, celle-ci n'ayant prescrit aucune formule sacramentelle. La cour de cassation,

(1) Besançon, 22 mai 1823 (Dalloz, n° 2989, 2°).
(2) Nancy, 27 janvier 1820, et Rejet, 2 août 1821 (Dalloz, n° 2974, 5°). Comparez Troplong, n° 1565.

chambre civile, pose en principe, en se fondant sur l'article 14 de la loi de ventôse combiné avec le code civil, que les mentions prescrites par la loi doivent être faites, non par les testateurs, mais par les notaires, rédacteurs de l'acte. C'est le principe que nous avons cru devoir admettre. La cour ajoute la restriction que la jurisprudence française consacre, mais en la précisant : la loi, dit-elle, n'ayant point prescrit des termes sacramentels pour exprimer les mentions, le juge du fait peut, d'après les énonciations de l'acte, admettre que les déclarations du testateur sont le fait personnel du notaire (1). Cette conclusion, qui est la nôtre, est aussi un peu embarrassée. La faute en est au législateur ; il y a, en apparence du moins, conflit entre le texte et l'esprit de la loi ; de là un doute, et le doute rejaillit sur la doctrine et la jurisprudence.

328. Comment les mentions doivent-elles être faites? L'article 972 dit qu'il est fait du tout *mention expresse*. Cela veut-il dire que le notaire doit se servir des termes de la loi? Non, la loi n'exige pas d'expressions sacramentelles, elle n'en exige jamais. Sur ce point, tout le monde est d'accord. C'est la tradition. D'Aguesseau expliquait l'ordonnance de 1735 en ce sens : « La loi ne détermine rien sur la forme des expressions ; elle ne s'attache ni aux points ni aux virgules, elle n'écoute pas de vaines cavillations de mots, lorsqu'elle trouve que ce qu'elle a voulu a été accompli ; elle ne s'occupe que de la chose. » La cour de cassation a reproduit ce passage dans un de ses arrêts et a ajouté ainsi l'autorité de la jurisprudence aux paroles de l'illustre chancelier ; elle en conclut, en les mettant en rapport avec l'article 972, que la loi ne prescrit ni formule ni termes sacramentels dans lesquels doive être exprimée la mention expresse qu'elle exige ; il suffit, dit l'arrêt, que la mention soit clairement exprimée, quelle qu'en soit la rédaction, pour que le sens, le vœu et l'objet de la loi soient parfaitement remplis (2).

(1) Rejet, 13 mai 1869 (Dalloz, n° 2834).
(2) Cassation, 23 mai 1814 (Dalloz, n° 2978, 2°).

Il est donc incontestable que les termes de l'article 972 peuvent être remplacés par des expressions qui présentent le même sens. La jurisprudence et la doctrine sont d'accord pour admettre l'équipollence en cette matière(1). Mais l'accord cesse quand il s'agit de définir l'équipollence, et surtout quand il faut apprécier les termes équipollents dont les notaires se servent. Si l'on restait attaché à la tradition et au texte, il n'y aurait guère de difficulté; mais la tradition est rigoureuse et le texte aussi; de là une inévitable tendance au relâchement, ce qui aboutit à s'écarter de la loi, et quand on s'en écarte, il ne reste plus aucune règle certaine. Ricard demande une équipollence mathématique. Les expressions de l'acte doivent être identiques avec celles des coutumes, dit-il; il n'y a plus d'équipollence si les mots employés par l'officier public ne comprennent pas la solennité de la coutume *adæquate et identice*. Ricard en conclut « que le testament est nul dès que les mots qui s'y trouvent n'ont pas la même force que ceux qui étaient désirés par la coutume, et qu'il s'y puisse figurer quelque sorte de différence(2). » Si l'on prenait cette définition au pied de la lettre, on ne trouverait guère d'expressions équipollentes, car de vrais synonymes, il n'y en a point. Ce serait donc indirectement exiger des termes sacramentels. Il nous semble que c'est trop s'attacher aux mots, comme le dit d'Aguesseau, et pas assez à la chose. Le chancelier est moins exigeant et plus pratique; il écrit au président du parlement de Grenoble : « S'il n'y a rien de déterminé sur *la forme de l'expression*, il faut au moins que le *fond* ou la *substance* même de ce qui en a été l'objet soit *exactement* observé, de *quelque manière* que le notaire juge à propos de l'*exprimer*(3). » Il faut donc des mots, des expressions qui rendent exactement la pensée de la loi quant au fond et à l'objet de la formalité dont la mention est prescrite.

Chose singulière, les auteurs modernes, ceux-là mêmes qui mettent le plus d'indulgence dans l'interprétation de

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 515 et note 49.
(2) Ricard, Ire partie, nos 1503-1505 (t. I, p. 1370).
(3) D'Aguesseau, Lettre du 30 décembre 1742 (t. IX, p. 477).

la loi, reproduisent la définition rigoureuse de Ricard. Il est permis, dit Toullier, d'employer des *termes parfaitement identiques* ou de même signification, des termes qui satisfassent à l'intention de la loi *adæquate et identice*, en sorte qu'on ne puisse se figurer *aucune espèce de différence* entre l'expression désirée par la loi et l'expression employée. Les termes *adæquate et identice* sont devenus un axiome dans la doctrine (1). Mais l'accord n'est qu'apparent. Toullier se plaint que les tribunaux, juges de l'identité, se prononcent presque toujours contre la validité des testaments. Un auteur plus récent dit que d'une rigueur excessive la jurisprudence a passé à une indulgence également excessive (2). Nous reviendrons à la jurisprudence quand nous entrerons dans le détail des mentions prescrites par la loi ; pour le moment, il s'agit du principe ; il faut le préciser davantage, puisqu'il a donné lieu à des interprétations si diverses.

329. Il est certain qu'il y a un relâchement dans la doctrine même. Ricard et d'Aguesseau n'avoueraient pas le sens que l'on donne à la mention expresse exigée par la loi. Que signifie le mot *expresse?* A en croire Coin-Delisle et Marcadé, il faudrait l'effacer, parce qu'il n'a aucun sens : qui dit *mentionner*, dit *exprimer ;* donc la loi en prescrivant la *mention expresse*, dit deux fois la même chose (3). C'est une chose grave que d'effacer un mot que le législateur a jugé nécessaire, surtout dans une matière où tout est de rigueur, puisqu'il s'agit de solennités requises à peine de nullité. L'article 972 dit qu'il est fait du *tout* mention expresse ; il y a donc plusieurs mentions, il y en a autant que de formalités ; il faut mentionner la dictée, il faut mentionner l'écriture, il faut mentionner la lecture. Quand la loi veut qu'il soit fait mention expresse du tout, cela ne voudrait-il pas dire que le notaire doit mentionner *spécialement* l'accomplissement de chacune de ces trois formalités, de sorte que mention *expresse* serait syno-

(1) Toullier, t. III, 1, p. 231, n° 415 ; Troplong, t. II, p. 37, n° 1540.
(2) Coin-Delisle, p. 375, n° 28 de l'article 972.
(3) Marcadé, t. IV, p. 18, n° IV de l'article 972, d'après Coin-Delisle, p. 376, n° 36 de l'article 972.

nyme de mention *spéciale?* Cependant on prétend que les mentions ne doivent pas être spéciales; que d'après la jurisprudence, la mention peut résulter de l'*ensemble des énonciations* qui se trouvent dans le testament. C'est un témoignage de la déplorable incertitude qui règne dans cette matière; après s'être rangé à l'avis de la jurisprudence, M. Demolombe ajoute que la mention doit constater *spécialement* l'accomplissement de *chacune* des formalités qu'elle exige (1); n'est-ce pas là une mention *spéciale?* et comment une mention *spéciale* résulterait-elle de l'*ensemble des énonciations?* Nous préférons nous en tenir à un arrêt de la cour de cassation qui repousse formellement le prétendu principe consacré par la jurisprudence. La cour de Liége avait jugé qu'il résultait de l'ensemble des dispositions d'un testament qu'il y était fait mention expresse de sa lecture à la testatrice en présence des témoins. Cette décision a été cassée, et le motif de l'annulation est considérable. « Une chose, dit la cour de cassation, peut bien résulter *implicitement* des clauses d'un acte, mais de cet *ensemble* la chose ne peut résulter d'une manière *expresse* (2). » Ainsi il faut non-seulement une mention spéciale pour chacune des trois formalités prescrites par l'article 972, cette mention doit de plus se faire par une *expression spéciale*, soit celle de la loi, soit une expression équipollente.

330. L'incertitude dont nous nous plaignons est telle que les auteurs ne s'accordent pas même sur le principe que la jurisprudence doit avoir consacré. A entendre Toullier, la cour de cassation a varié, elle est revenue de sa rigueur première. Non, dit Troplong, elle est toujours restée fidèle à la loi (3). C'est dire que, dans une matière où tout est de rigueur, la jurisprudence doit être rigoureuse. Le dissentiment est très-grave. Toullier prétend que la cour de cassation applique aux mentions la règle d'interprétation que l'article 1157 formule pour les con-

(1) Demolombe, t. XXI, p. 301, nos 297 et 297 *bis*.
(2) Cassation, 6 mai 1812 (Dalloz, no 2947).
(3) Toullier, t. III, 1, p. 239 et suiv., nos 428-430. Troplong, t. II, p. 42 et suiv., nos 1554-1559.

trats. « Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun. » Il est certain que cette règle est applicable aux legs, aussi bien qu'aux contrats. Mais autre chose est d'interpréter des legs faits en vertu d'un testament valable; autre chose est de décider si les formalités prescrites pour l'existence des testaments ont été remplies. S'agit-il de l'accomplissement de la formalité même, on ne conçoit même pas l'application de l'article 1157. Il y a eu dictée, écriture et lecture, ou il n'y en a pas eu; ces formalités ne donnent pas lieu à interprétation. Quant à la mention, elle peut être suffisante ou insuffisante. Lorsqu'il y a doute sur le point de savoir si la mention est suffisante ou non, faudra-t-il appliquer l'article 1157, en ce sens que l'on validera la mention et par suite le testament? Ce serait violer la loi sous le prétexte de l'appliquer. Quel est le but des mentions? C'est toujours à cela qu'il en faut revenir. Les mentions ont pour objet de garantir l'accomplissement des formalités et d'en constater l'observation. Pour que ce but soit atteint que faut-il? La mention doit être expresse, en ce sens que si le notaire a mentionné l'observation d'une formalité qu'il n'a point remplie, il commet un faux. Or, une déclaration ne saurait être fausse quand il est douteux qu'il y ait une déclaration; donc une mention douteuse n'est pas une mention, partant le testament est nul (1).

Il y a cependant des arrêts qui disent que, dans le doute, il faut se prononcer pour la validité de l'acte (2). Cela veut dire, en d'autres termes, que la cour a trouvé la mention suffisante; dès lors la solennité est accomplie et le testament est valable. Si l'on donnait un autre sens à la jurisprudence, on effacerait la solennité des mentions. La règle d'interprétation des mentions résulte de leur objet même : la mention est suffisante si le notaire peut être

(1) Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, p. 355. Coin-Delisle, p. 378, n° 44 de l'article 972. Troplong, t. II, p. 42, n° 1554.

(2) Liége, 25 mai 1822 (*Pasicrisie*, 1822, p. 159). Rejet, 21 janvier 1812 (Dalloz, n° 2984, 2°). Riom, 3 décembre 1827 (Dalloz, n° 2836).

poursuivi comme faussaire, dans le cas où la formalité mentionnée comme accomplie n'aurait pas été observée (1). Quant à l'article 1157, si on l'appliquait aux mentions, on effacerait non-seulement la solennité, on renverserait le fondement même de notre système de succession. C'est la succession légitime qui est la règle; les héritiers naturels doivent donc être appelés à succéder, lorsque le défunt n'a point disposé de ses biens; or, peut-on dire qu'il a disposé lorsqu'il est douteux que les formalités substantielles du testament ont été observées? Dire qu'il est douteux qu'il y ait un testament, c'est dire que les héritiers naturels doivent succéder, car leur droit est certain, il est écrit dans leur sang. Si le défunt veut déroger à la loi de la nature, qu'il manifeste sa volonté de manière qu'elle soit certaine!

331. Troplong dit que l'équipollence est une question de circonstances, en ce sens que tout est subordonné aux impressions du juge, à la faveur des cas particuliers, à la propension des magistrats pour ou contre le testament (2). C'est un vieux magistrat qui a écrit ces paroles, c'est aussi un jurisconsulte; comme tel, il aurait dû protester contre la domination du fait dans des questions de droit. Il y a deux éléments dans ces débats, comme dans la plupart de ceux qui sont portés devant les tribunaux. Le juge doit d'abord apprécier la mention, examiner si elle répond au vœu de la loi. Comme les mentions varient d'un cas à l'autre, la question est nécessairement de fait; mais elle est aussi de droit; ce que nous venons de dire de l'équipollence le prouve suffisamment. Dans la décision du point de fait, les juges jouissent d'un certain pouvoir d'appréciation; la cour de cassation le reconnaît. On peut bien, dit-elle, sans violer la loi, juger qu'une locution imparfaite, une phrase mal conçue renferme la mention expresse telle qu'elle est exigée par l'article 972, lorsque la raison naturelle résiste à ce qu'on trouve dans l'ensemble de ce qui a été dit et écrit correctement autre

(1) Demolombe, t. XXI, p. 292, n° 282, et p. 288, n° 278.
(2) Troplong, t. II, p. 51, n° 1589.

chose que cette mention (1). C'est laisser au juge du fait une grande latitude, trop grande, à notre avis, puisque c'est dévier de la rigueur du texte que d'admettre une mention *expresse* qui résulte de l'ensemble des énonciations. Mais le pouvoir du juge n'est pas un pouvoir absolu. Si, abusant de son droit d'interprétation, il décide par faveur ou défaveur que telle mention est suffisante ou ne l'est point, le devoir de la cour de cassation est d'annuler des décisions qui violent la loi. C'est ce qu'elle a fait plus d'une fois. Il suffit de citer un arrêt qui établit le droit de la cour de cassation dans une matière que l'on prétendait abandonnée à l'interprétation des juges du fait. Dans l'espèce, la cour d'appel avait annulé un testament parce qu'on n'y trouvait pas la preuve que les témoins avaient été présents à la dictée d'une clause additionnelle et que lecture leur en avait été faite. La cour de cassation reproduit les termes du testament, et en conclut que tout a été fait et passé en présence des témoins et du testateur sans désemparer ni divertir à d'autres actes, et qu'il a été fait lecture du tout au testateur en présence des témoins. En conséquence, la cour cassa l'arrêt qui avait annulé le testament. « Des formalités, dit-elle, introduites pour assurer les dispositions des testateurs ne doivent pas, lorsqu'elles ont été remplies, devenir l'objet de subtilités qui tendent à anéantir ces mêmes dispositions (2). »

332. Tous les auteurs, en traitant de l'équipollence des mentions, donnent aux notaires le conseil de s'en tenir strictement aux termes dont la loi se sert. Dire qu'il y a des expressions équivalentes, ce n'est pas dire que les notaires doivent les employer. Toullier remarque qu'il n'est pas de subtilité qu'on n'imagine pour attaquer les testaments dans lesquels le notaire ne s'est pas littéralement attaché aux expressions de la loi ; il y a donc toujours, dit-il, imprudence et danger extrême à s'écarter du texte ; c'est exposer les légataires à un procès infaillible et toujours douteux. Les notaires peuvent-ils trouver des

(1) Rejet, 20 décembre 1830 (Dalloz, n° 2969).
(2) Cassation, 22 juillet 1829 (Dalloz, n° 2936, 2°). Comparez cassation, 15 décembre 1819 (Dalloz, n° 2952, 3°), et 7 décembre 1846 (Dalloz, 1847, 1, 40).

expressions plus propres que celles dont le législateur s'est servi pour exprimer les formes qu'il a établies? Auraient-ils la prétention de savoir mieux le français que le législateur français? Est-ce trop leur demander que d'exiger qu'ils connaissent l'article 972 et qu'ils le copient (1)? Les tribunaux ont poussé trop loin l'indulgence envers les officiers publics qui compromettent les plus graves intérêts par leur ignorance ou leur inattention. Ne pas connaître la loi, ou ne pas suivre ses prescriptions, son langage même, est pour les notaires la plus lourde des fautes; ils devraient en porter la peine. La responsabilité serait plus efficace que tous les conseils que les auteurs prodiguent inutilement.

333. L'équipollence n'est pas la seule difficulté qui se présente dans la matière des mentions. On demande si les diverses formalités doivent être accomplies et mentionnées dans un certain ordre. Il y a sans doute un ordre rationnel indiqué par la nature des choses; c'est celui que le code suit. Autre est la question de savoir si les irrégularités qui se trouvent, sous ce rapport, dans les actes en entraînent la nullité. Il est certain qu'il n'y a point d'ordre légal, puisque la loi n'en prescrit aucun à peine de nullité. Cela est décisif. La question a cependant été portée à plusieurs reprises devant la cour de cassation, ce qui a donné occasion à Merlin d'établir les vrais principes. Il s'agissait de savoir si le notaire pouvait mentionner l'accomplissement d'une formalité avant de l'avoir accomplie. Cela est absurde, disait-on; peut-on attester d'avance, et comme étant déjà exécuté, ce qui n'est que futur? Dans l'espèce, le notaire avait dit au commencement de l'acte : « Le testateur l'a dicté au notaire, et le notaire en a écrit la minute *ainsi qu'il suit*. » C'est, dit-on, mentionner que le notaire écrira, et non qu'il a écrit. La loi exige une mention expresse, non de ce que le notaire se propose de faire, mais de ce qu'il a fait. Merlin répond que la loi n'indique pas l'endroit du testament où

(1) Toullier, t. III, 1, p. 231, nos 414 et 416. Grenier, t. II, p. 355, no 232. Duranton, t. IX, p. 105, no 71. Coin-Delisle, p. 378, no 45. Troplong, t. II, p. 42, no 1554.

le notaire est tenu de placer la mention qu'il a écrit ce que le testateur lui a dicté; est-ce à la clôture de l'acte? est-ce dans le préambule? La loi n'en dit rien; ce serait donc ajouter à la loi que d'exiger, sous peine de nullité, que le notaire fasse la mention à telle place de l'acte plutôt qu'à telle autre. On crie à l'absurde. Bien loin qu'il soit absurde de mentionner l'accomplissement d'une formalité avant qu'elle ait été remplie, il y a telle formalité qui ne peut être remplie qu'après la mention. La mention de la lecture est toujours écrite avant la lecture elle-même, et il faut nécessairement qu'elle le soit, car si elle n'était écrite qu'après, on ne pourrait pas dire que le testament, dont elle forme une partie essentielle, a été lu en entier au testateur. Ceux qui trouvent cette manière de procéder absurde, oublient que le testateur, les témoins et le notaire signent l'acte; ils témoignent par là que tout ce qui est dit, soit dans le préambule, soit dans le corps, soit dans la clôture de l'acte, est conforme à la vérité. Que faut-il de plus? Il est inutile d'insister; la cour de cassation a consacré ces principes, en décidant que les énonciations et les dispositions qui composent un testament ne forment qu'un acte unique, quoique nécessairement exprimées successivement, et que les signatures apposées à la fin de l'acte sont l'attestation que ce qui y est énoncé est véritable, et que le tout a eu lieu ainsi qu'il est exprimé (1).

Il paraît assez naturel de placer à la fin de l'acte la mention des signatures, et notamment la mention de la déclaration que le testateur fait de ne savoir ou ne pouvoir signer. Toutefois il faut maintenir le principe; la loi ne prescrivant pas la place où le notaire doit écrire cette mention, il peut l'écrire où il veut. Cela est de jurisprudence, et tel est aussi l'avis de la plupart des auteurs (2).

On a prétendu que la mention de la lecture doit précéder celle des signatures, parce que la mention des si-

(1) Rejet, 17 octobre 1809; Merlin, *Questions de droit*, au mot *Testament*, § XIII (t. XV, p. 372 et suiv.). Rejet, 26 juillet 1808; Merlin, *Répertoire*, au mot *Testament*, sect. II, § II, art. V (t. XXXIII, p. 411).

(2) Coin-Delisle, p. 386, n° 10 de l'article 973, et les autorités qu'il cite.

gnatures est une des formalités de l'acte qui doit être lu en son entier. Les auteurs et la jurisprudence rejettent cette rigueur parce que ce serait ajouter à la loi (1). Elle n'est déjà que trop chargée de formalités; il serait contraire aux principes, comme à la raison, de renchérir sur ce formalisme.

334. Les mentions sont prescrites à peine de nullité (art. 972 et 1001). On demande si la nullité frappe tout le testament, ou si elle doit être limitée à la disposition pour laquelle le notaire a négligé de faire la mention? Nous avons répondu d'avance à la question (nº 322). La mention de l'accomplissement des formalités est elle-même une formalité substantielle. Il faut donc dire des mentions ce que nous avons dit des formalités en général. On ne peut pas les diviser en considérant la mention comme valable pour une partie du testament et en validant cette partie de l'acte. La mention est indivisible, comme toutes les formalités. De là suit que le testament sera nul en son entier. C'est l'opinion commune, sauf quelques dissentiments (2).

335. Ce principe reçoit son application aux dispositions additionnelles. Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut (nº 323).

336. Il nous reste à voir de quoi le notaire doit faire mention. Nous avons déjà examiné la question de savoir si la mention prescrite par le dernier alinéa de l'article 972 s'applique à l'article 971 (nºs 292-307). Quant à la mention des signatures, nous en traiterons en parlant des signatures. Notre explication est donc limitée à l'article 972.

2. APPLICATION.

a) Mention de la dictée.

337. L'article 972 porte : « Si le testament est reçu par deux notaires, il *leur* est dicté par le testateur. » Il

(1) Bruxelles, 7 février 1825 (*Pasicrisie*, 1825, p. 296) Comparez Dalloz, nº 2992), et les autorités qu'il cite.

(2) Coin-Delisle, p. 379, nºs 48 et 49 de l'article 972, et les autorités qu'il cite. Voyez la jurisprudence dans Dalloz, nºs 3086-3091.

doit en être fait mention à peine de nullité. Il est dit dans un testament qu'il a été dicté à l'un des notaires en présence de l'autre. Les héritiers demandent la nullité. L'acte, d'après eux, aurait dû mentionner que le testateur avait dicté ses dispositions aux deux notaires, comme le veut la loi. Dicter à deux notaires, c'est leur adresser la parole à l'un et à l'autre; tandis que si l'acte porte que le testament a été dicté à l'un en présence de l'autre, il n'est pas prouvé que le testateur ait adressé la parole à tous les deux. Merlin trouvait le pourvoi très-spécieux, tout en avouant qu'il reposait sur une subtilité. Il faut dire plus : le pourvoi donnait à la loi un sens qu'elle n'a point. Quand il y a deux notaires, il n'y en a qu'un seul qui écrit ; donc le testateur ne peut pas dicter à tous les deux, il dicte à celui qui écrit en présence de l'autre. De là suit que le notaire en mentionnant que le testateur avait dicté à l'un en présence de l'autre, appliquait la loi à la lettre. C'est ce que dit l'arrêt de la cour de cassation rendu sur les conclusions de Merlin (1). La difficulté ne se présente pas lorsqu'il n'y a qu'un seul notaire; l'article 972 n'exige pas que le testament soit dicté *au* notaire, ni par conséquent qu'il en soit fait mention ; dire que le testateur dicte et que le notaire écrit ce que le testateur dicte, c'est bien dire que la dictée s'adresse au notaire (2).

338. Le notaire doit faire mention expresse de la *dictée*. S'il s'est servi du mot *dicter*, la mention est irréprochable ; il sera prouvé jusqu'à inscription de faux que le testateur a dicté ses dispositions. Si les héritiers s'inscrivent en faux et qu'ils prouvent que le testateur s'est borné à faire connaître ses volontés sans les dicter, le testament doit être annulé, quand même il serait l'expression exacte des volontés du défunt. Ces volontés doivent être exprimées dans la forme voulue par la loi, sinon elles sont censées ne pas exister (3). A plus forte raison y

(1) Rejet, 19 août 1807 ; Merlin, *Répertoire*, au mot *Testament*, sect. II, § III, art. II, n° II, 3e question (t. XXXIII, p. 447).
(2) Voyez les arrêts conformes dans Dalloz, n° 2855. Comparez Bruxelles, 9 décembre 1815 (*Pasicrisie*, 1815, p. 543).
(3) Rejet, 12 août 1834 (Dalloz, n° 2860).

aurait-il nullité si le notaire, après avoir entendu le testateur, se retirait dans une autre chambre pour y écrire le testament; l'écriture hors la présence du testateur est exclusive de la dictée (1).

339. L'expression *dicter* n'est pas sacramentelle. Il est toutefois difficile d'en trouver une qui soit équipollente; il faut pour cela recourir à des périphrases. Il est dit dans un testament que le testateur en a volontairement et librement prononcé à haute et intelligible voix les dispositions, et que le notaire les a écrites à mesure que le disposant les prononçait. Annulée par le tribunal de première instance, la mention fut jugée suffisante par la cour de Paris (2). Le bien jugé n'est pas douteux, à notre avis; mais nous nous demandons à quoi bon ces périphrases embarrassées. On serait tenté, en les lisant, de regretter les formules sacramentelles; si la loi les imposait, les notaires seraient bien forcés de s'y soumettre, tandis qu'ils vont à la recherche de phrases et de circonlocutions, comme s'ils avaient horreur du style simple et naturel. Les hommes compétents admirent le style clair et précis du code civil, et les notaires ne le trouvent pas de leur goût! Cette remarque est à l'adresse de nos élèves : quand on veut corriger un abus, c'est toujours à la jeunesse qu'il faut s'adresser.

Le mot *dire* n'est pas l'équivalent du mot *dicter;* il ne désigne qu'une déclaration de volonté manifestée par la parole sans que l'action d'écrire l'accompagne; donc la mention de la dictée exprimée par le mot *dire* est insuffisante, et par suite il y a nullité (3). Il a cependant été jugé que le mot *dire* était suffisant quand d'autres énonciations prouvent qu'il y a eu dictée. Le préambule porte que la testatrice a requis le notaire de recevoir ses dispositions ainsi qu'elle les lui *dictera*. Plus bas on lit : « Icelle nous a dit de sa propre bouche : Je donne et lègue. » Ces énonciations combinées attestaient qu'il y avait eu dictée (4).

(1) Rejet, 20 janvier 1840 (Dalloz, n° 2859, 2°).
(2) Paris, 17 juillet 1806 (Dalloz, n° 2861, 1°).
(3) Turin, 14 fructidor an XII; Aix, 8 mars 1811 (Dalloz, n°s 2859, 1°, et 2863).
(4) Riom, 26 mars 1810 (Dalloz, n° 2861, 2°).

Que de peine les notaires prennent pour être obscurs, alors qu'il leur serait si facile d'être clairs! Il a même été jugé que la première mention suffisait, c'est-à-dire la déclaration du notaire qu'il *écrira* les dispositions du testateur au fur et à mesure que celui-ci les lui dictera (1). Cela n'est pas régulier; l'acte ne doit pas mentionner ce que le notaire *fera*, mais ce qu'il *fait*. Si nous critiquons ces irrégularités, c'est dans l'espoir que la critique inspirera à nos lecteurs le respect de la loi.

b) Mention de l'écriture par le notaire.

340. Si le testament est reçu par deux notaires, dit l'article 972, il doit être écrit par l'un de ces notaires; s'il n'y a qu'un notaire, il est écrit par ce notaire; il en est fait mention expresse. On demande si l'acte doit mentionner le nom du notaire qui écrit le testament, lorsqu'il est reçu par deux notaires. Toullier l'exige, mais sans motiver son opinion (2). Il y a un arrêt formel en sens contraire de la cour de cassation. S'il est du devoir du juge, dit la cour, d'observer tout ce que la loi prescrit, il ne lui est pas permis d'ajouter à ce qu'elle ordonne. Or, tout ce que l'article 972 veut, c'est que l'acte mentionne que l'un des deux notaires a écrit ce testament; c'est ajouter à la loi que de vouloir que le nom du notaire écrivant soit indiqué. Cela est péremptoire (3).

341. Il faut la mention expresse de l'écriture par le notaire; il ne suffit pas que le testament soit réellement écrit par le notaire, quand même cela serait reconnu par les parties intéressées. Quelque sévère que soit cette décision, elle n'est pas douteuse. Tous les auteurs sont d'accord; telle est aussi la jurisprudence qui s'est formée, sur un réquisitoire de Merlin auquel il suffit de renvoyer (4). Le texte et les principes décident la question. La loi veut

(1) Grenoble, 20 mai 1833, et Rejet, 8 juillet 1834 (Dalloz, n° 2861, 4°).
(2) Toullier, t. III, I, p. 423. En sens contraire, Duvergier, *ibid.*, note *a*.
(3) Rejet, 26 juillet 1842 (Dalloz, n° 205, 4°). Comparez Dalloz, n° 2889.
(4) Merlin, *Répertoire*, au mot *Testament*, sect. II, § II, art. IV, n° II (t. XXXIII, p. 400 et suiv.).

la mention expresse de l'écriture, comme de la dictée et de la lecture; c'est une formalité substantielle sanctionnée par la nullité (art. 1001); or, les formalités ne peuvent pas être remplies par équipollent; le fait que le notaire a écrit le testament n'est certes pas l'équipollent de la mention de cette écriture.

342. Faut-il que l'acte déclare que le notaire a écrit le testament tel que le testateur l'a dicté? La loi dit formellement, quand il y a deux notaires, que le testament doit être écrit par l'un d'eux *tel qu'il est dicté;* tandis que quand il n'y a qu'un notaire, l'article 972 se contente de dire qu'il doit être écrit par ce notaire; il n'ajoute pas : tel qu'il a été dicté. Il est donc certain que si le testament est reçu par un notaire, on ne doit pas mentionner, sous peine de nullité, qu'il a été écrit tel qu'il a été dicté, puisque ce serait ajouter à la loi. Par contre, ne faut-il pas dire que le notaire, quand il y en a deux, doit mentionner que le testament a été écrit tel qu'il a été dicté? Ce serait bien notre avis, quoiqu'il n'y ait aucune raison de différence entre les deux hypothèses; mais le texte est formel, et en matière de formes tout est de rigueur. Toutefois les auteurs enseignent qu'il n'est pas nécessaire de mentionner, sous peine de nullité, que le testament a été écrit tel qu'il a été dicté. Dès que le notaire atteste, dit-on, qu'il a écrit ce que le testateur lui a dicté, il atteste par cela même qu'il l'a écrit tel qu'il a été dicté; les deux déclarations sont identiques si la première est sincère, comme elle est présumée l'être (1). Nous demanderons où il est dit que la déclaration du notaire est *présumée* sincère? Et si l'on suppose que l'acte porte simplement, comme le dit le deuxième alinéa de l'article 972, que le testament a été dicté par le testateur et écrit par le notaire, dans ce cas on ne peut pas même dire que le notaire atteste avoir écrit *ce que* le testateur a dicté; le mot *ce* est donc déjà un équipollent; mais c'est un équipollent qui n'est pas identique avec l'expression dont la loi se sert. Y aurait-il faux si le notaire disait qu'il a écrit *ce* que le testateur

(1) Duranton, t. IX, p. 114, nº 82. Demolombe, t. XX, p. 206, nº 289.

lui a dicté et si l'on prouvait qu'il a ajouté une clause qui ne lui a pas été dictée? Non, le notaire dirait qu'il n'a pas attesté n'avoir écrit que ce que le testateur lui a dicté; or, c'est là ce que la loi veut : le notaire doit dire qu'il a écrit le testament tel que le testateur l'a dicté, c'est-à-dire rien de plus et rien de moins.

Il y a deux arrêts très-bien motivés de la cour de Turin qui consacrent formellement l'opinion que nous combattons. La cour dit que les mots *tel qu'il est dicté* ne sont qu'une explication de ce qui est virtuellement compris dans la mention, telle que le deuxième alinéa la formule : « Que le testament est dicté par le testateur et écrit par le notaire. » Si cela était vrai, tout ce qui en résulterait c'est que le législateur a eu tort de prescrire cette explication; mais enfin il l'a exigée, et l'interprète peut-il effacer une partie d'une mention? Mais ce que la cour dit n'est pas exact. Autre chose est de dire : « Le testament est dicté par le testateur et écrit par le notaire; » et autre chose est de dire « que le notaire l'écrit tel que le testateur l'a dicté. » La cour insiste et dit que si les deux formules diffèrent, on ne voit pas pourquoi le deuxième alinéa n'exige pas que le notaire unique constate qu'il a écrit le testament tel que le testateur le lui a dicté. C'est une anomalie, nous l'avouons; elle s'explique par le soin excessif que les auteurs du code mettent généralement à ne pas répéter les mêmes expressions, quand à la rigueur on peut sous-entendre dans une seconde phrase ce qui a été dit dans une première. Le législateur aura cru qu'il allait sans dire que si l'un des deux notaires doit écrire le testament *tel* qu'il lui est dicté et en faire mention, il en est de même du notaire unique qui reçoit le testament. Cela prouve, comme nous l'avons déjà dit, qu'en législation on ne doit pas craindre de se répéter : si les choses vont sans dire, elles vont encore mieux en les disant.

La jurisprudence se rapproche de notre opinion ; elle ne décide pas que le notaire ne doit point mentionner qu'il a écrit le testament tel que le testateur le lui a dicté; mais elle admet des équipollents, et elle se montre très-

facile sur ces équipollents. Ainsi la cour de cassation regarde comme suffisante la mention rédigée comme suit : « Lequel a dicté à moi notaire son testament, qui fut écrit par moi *en ces termes* (1). » Les cours se contentent même de l'expression : *ainsi qu'il suit* (2). Il y aurait équipollence plus certaine si, après avoir mentionné la dictée et l'écriture, le testateur ayant entendu la lecture, disait que le notaire a bien rendu ses volontés, qu'il y persiste, ou autres expressions analogues, car elles attestent que le notaire a écrit les dispositions telles qu'elles lui ont été dictées (3). Il y a un arrêt de la cour de Bruxelles qui consacre formellement notre opinion. La cour s'en tient au texte de la loi : n'y a-t-il qu'un seul notaire, la loi n'exige pas la mention que le notaire a écrit le testament tel qu'il lui a été dicté, on ne peut donc l'exiger, car ce serait ajouter à la loi et créer des nullités par argumentation : y a-t-il deux notaires, la loi veut que celui qui écrit mentionne qu'il a écrit le testament tel qu'il lui a été dicté, il faut donc employer ces termes ou des expressions équivalentes (4).

343. La mention de l'écriture doit être *expresse*, elle ne doit pas être faite dans des termes sacramentels. Il y a des arrêts qui semblent rejeter l'équipollence en cette matière; les cours se sont sans doute exprimées d'une manière trop absolue ; elles ont voulu proscrire les formules usuelles du style notarial, *fait*, *passé*, *dressé*, *retenu*, *rédigé*. Ces expressions ne marquent qu'une chose, c'est que le notaire est l'auteur de l'acte; elles ne marquent point que l'acte a été écrit par l'officier public; or, c'est l'écriture qui doit être mentionnée. On a prétendu que ces expressions, notamment celles de *dresser*, *faire*, *rédiger*, ne pouvaient indiquer que l'écriture, puisqu'elles étaient

(1) Turin, 16 et 25 avril 1806 (Dalloz, nos 3093 et 2869, 2°).
(2) Rejet, 18 février 1812 (Dalloz, n° 2870, 1°).
(3) Lyon, 23 août 1812; Douai, 28 novembre 1814 (Dalloz, n° 2870, 3° et 4°). Rejet, 7 janvier 1817 (Dalloz, n° 2870, 6°); Bordeaux, 9 août 1826 (*ibid.*, n° 2870, 7°).
(4) Rennes, 18 juillet 1816 (Dalloz, n° 2870, 5°). Liége, 31 janvier 1817 (*Pasicrisie*, 1817, p. 310). Bruxelles, 3 décembre 1818 (*Pasicrisie*, 1818, p. 232).
(5) Bruxelles, 2 novembre 1831 (*Pasicrisie*, 1831, p. 286).

opposées au mot *dicter;* dire que le testateur dicte, c'est dire qu'il est l'auteur de l'acte; si après cela on ajoute que le notaire l'a *dressé,* ce mot ne peut s'appliquer qu'à l'écriture. La cour de cassation n'a pas admis cette interprétation ; il est vrai que le testateur est l'auteur de ses dispositions, puisque c'est lui qui les dicte, mais le notaire les rédige tout ensemble et il les écrit : il les rédige, car c'est lui qui formule les volontés du testateur, sans être astreint à reproduire les mots dont le défunt s'est servi; il doit de plus les écrire. Donc *faire, dresser, rédiger* ne signifie pas écrire. Cela est décisif. Seulement la cour de cassation a tort de dire que la loi, en exigeant la mention expresse, ne permet point d'équipollence (1).

L'expression *rédiger* a donné lieu à bien des procès. Quand elle est employée seule, il est certain qu'elle n'exprime pas l'idée d'écrire. En effet, le mot *écrire* marque une opération de la main, tandis que le mot *rédiger* indique une opération de l'esprit. Le notaire rédige ses actes ordinaires, le clerc les écrit. Donc quand le notaire dit qu'il a *rédigé* le testament, il n'est pas certain qu'il l'ait écrit : il n'y aurait pas de faux, quand même on prouverait que ce n'est pas lui qui a écrit le testament qu'il a déclaré avoir rédigé; dès lors la mention est insuffisante, d'après le principe formulé par Merlin et admis par tout le monde (n° 329). La cour de Besançon l'a jugé ainsi après partage, et sa décision a été confirmée par un arrêt de rejet (2). Mais si le notaire avait dit qu'il a *rédigé par écrit* ce que le testateur a dicté, la mention serait suffisante. Le code lui-même se sert de cette expression pour marquer l'écriture (art. 1833, 2044, 2074 et C. de proc., art. 317). L'expression *rédiger par écrit* est complexe, dit très-bien la cour d'Aix; elle comprend l'opération de l'esprit, la *rédaction,* et l'opération de la main, l'*écriture;* elle comprend donc plus que la loi n'exige, donc elle comprend ce que la loi exige; c'est plus qu'équipollence, c'est le mot de la loi, plus un autre (3).

(1) Rejet, 27 mai 1807 (Dalloz, n° 2895, 1°).
(2) Besançon, 27 novembre 1806, et Rejet, 4 février 1808 (Dalloz, n° 2895, 4°).
(3) Aix, 20 avril 1809 et 3 décembre 1812 (Dalloz, n° 2896, 3° et 4°).

Il a encore été jugé que les mots *rédiger mot à mot* sont équipollents. L'expression *mot à mot* n'a rien de commun avec le travail intellectuel de la rédaction, elle implique le travail manuel du copiste, donc elle signifie écrire; le notaire a improprement employé le mot *rédiger*, mais le sens de la mauvaise expression dont il s'est servi n'est pas douteux (1). Que de notaires il y a qui ne savent pas la différence qui existe entre *écrire* et *rédiger!* La cour de Colmar a annulé un testament parce que le notaire avait déclaré avoir *rédigé mot à mot* le testament dicté en allemand (2). D'après la subtilité du droit et du langage, la décision est juste; quand le testateur dicte en allemand et que le testament est écrit en français, il y a une double opération à faire, la traduction et l'écriture; les termes *rédiger mot à mot* peuvent ne se rapporter qu'à la traduction, ils ne prouvent donc pas que le notaire a écrit le testament. Mais la cour aurait dû tenir compte du fait que le notaire était allemand; en employant l'expression rédiger, il croyait sans doute qu'elle était synonyme d'écrire. Dans des circonstances pareilles, les tribunaux doivent admettre le sens usuel et prendre en considération l'ignorance de la langue. La cour de Liége a rendu un arrêt en ce sens. Il était dit dans le testament: « Lequel comparant a dicté à nous notaire son testament que nous avons *rédigé tel qu'il nous a été dicté*, dans la forme et manière suivante. » La cour convient que le mot *rédiger* exprime une opération de l'esprit, indépendante de l'opération matérielle de l'écriture; mais, dans l'espèce, le mot *rédigé* n'était pas isolé, il faisait partie d'une phrase dont les termes impliquaient que le notaire avait mis par écrit les dispositions que le testateur lui dictait au fur et à mesure de la dictée. Sans doute, la locution était impropre; mais, dit l'arrêt, le sort des testaments ne doit pas dépendre du plus ou moins de précision dans les termes dont le notaire rédacteur s'est servi, lorsqu'il ne peut y avoir de doute sur le sens dans lequel il a entendu les

(1) Nîmes, 26 mars 1838 (Dalloz, n° 606).
(2) Colmar, 11 février 1815 (Dalloz, n° 2940, 4°).

employer pour attester l'accomplissement des formalités prescrites par la loi (1).

c) Mention de la lecture.

344. L'article 972 veut que lecture du testament soit donnée au testateur en présence des témoins, et qu'il en soit fait mention expresse à peine de nullité (art. 1001). Cette mention a donné lieu à des contestations sans nombre; il est vraiment déplorable que l'ignorance et l'incurie des notaires engendrent des procès, alors que leur ministère a pour objet de les prévenir, en assurant l'authenticité aux dispositions de dernière volonté; et il leur serait si facile de mettre leurs actes à l'abri de toute attaque en copiant deux lignes du code civil! Les auteurs ne s'accordent pas sur l'interprétation de la loi, ils ne sont pas même d'accord sur le sens que l'on doit donner à la jurisprudence; la jurisprudence a varié, quoiqu'en dise Troplong, ce qui fait que la mention de la lecture est devenue une mer de doutes.

La mention de la lecture ne suffit point, il faut mention de la lecture au testateur, et, de plus, qu'il soit dit que la lecture a été faite au testateur en présence des témoins. Ainsi la mention est complexe; elle comprend d'abord la mention de la lecture, puis la mention de la lecture au testateur, et enfin la présence des témoins à cette lecture. Sur la mention de la lecture au testateur, il n'y a aucun doute, et il n'y a guère de difficulté, sauf pour l'appréciation des équipollences. Un acte porte : « Et après lecture de ce testament, a le testateur déclaré derechef que c'est sa volonté. » La mention est certaine quant à la lecture; il n'est pas dit en termes formels que la lecture a été faite au testateur, mais cela est dit en termes équipollents. En effet, l'acte ne se borne pas à énoncer qu'une lecture a été faite; il énonce encore que c'est après cette lecture que le testateur a réitéré sa déclaration que telle était sa volonté. N'est-ce pas dire que

(1) Liége, 22 décembre 1832 (*Pasicrisie*, 1832, p. 303).

c'est en suite, en conséquence de la lecture que le testateur a fait sa déclaration? Ce qui implique nécessairement que lecture lui a été faite. Tel est l'avis de Merlin, le plus sévère des interprètes dans la matière des mentions (1). La jurisprudence est en ce sens (2).

La mention que lecture a été donnée du testament *en présence du testateur* est-elle suffisante? Oui, dit la cour de Turin; car dire que le testament a été lu en présence du testateur et dire qu'il a été lu au testateur, c'est la même chose : conçoit-on qu'on lise au testateur s'il n'est point présent? et conçoit-on qu'on lise en sa présence sans lire à lui-même? La loi se sert indifféremment des deux expressions; aux termes de l'article 972, il doit être donné lecture du testament *au* testateur *en présence* des témoins; or, certainement les témoins doivent entendre la lecture aussi bien que le testateur, celui-ci pour qu'il puisse confirmer ou changer ses dispositions, ceux-là pour qu'ils puissent attester la lecture et la conformité du testament à ce qui a été dicté (3).

345. Les tribunaux montrent généralement une grande rigueur, quand il s'agit d'apprécier la mention de la lecture au testateur. C'est, il est vrai, une formalité essentielle, puisqu'elle donne seule au testateur et aux témoins la certitude que le notaire a exprimé fidèlement les intentions du défunt. Mais la rigueur n'est-elle pas parfois excessive? Quand la lecture est constatée, ne doit-on pas admettre facilement qu'elle a été faite au testateur? n'est-ce pas à la partie intéressée que l'on donne lecture de l'acte qu'elle vient de passer? La cour de Rennes a jugé que pour exprimer la lecture faite au testateur, il est impossible, dans notre langue, de faire usage d'autres mots que de ceux dont la loi se sert, que le pronom *lui* serait le seul équivalent possible. C'est nier l'équipollence; pourquoi ne serait-elle pas possible pour la mention de la lecture au testateur, aussi bien que pour les autres

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Testament*, sect. II, § III, art. II, n° IV, 1re question (t. XXXIII, p. 467).
(2) Rejet, 5 mai 1812 et 6 avril 1824 (Dalloz, n° 2956, 1° et 2°).
(3) Turin, 16 avril 1806 (Dalloz, n° 3093), et 31 mars 1806 (*ibid.*, n° 2956, 3°).

formalités? Mais la cour a raison d'ajouter que la mention n'est pas suffisante, lorsque le rédacteur de l'acte ne pourrait être poursuivi pour faux, en supposant que la formalité mentionnée n'aurait pas été accomplie(1). Si l'on reste fidèle à ce principe, il faut approuver la décision rendue dans l'espèce suivante. L'acte portait que le notaire avait fait lecture du testament dans l'appartement et à côté du lit où la testatrice était détenue par maladie et en continuelle présence des témoins. Il a été jugé que cette mention était insuffisante, et par suite le testament a été annulé : dire que lecture a été donnée auprès du lit de la testatrice, ce n'est pas dire que lecture lui en a été faite à elle-même (2). A plus forte raison n'a-t-on pas pu considérer comme suffisante la mention que le notaire avait *reçu*, *lu* et *publié* le testament *en présence des témoins*. Ce n'est que la moitié de la mention exigée par la loi. Il faut avant tout qu'il soit constaté que lecture a été faite *au testateur*, parce qu'il est le principal intéressé. Vainement objectait-on que le préambule de l'acte disait que le testateur et les témoins s'étaient réunis devant le notaire et qu'en combinant cette énonciation avec celle de la lecture, il en résultait la certitude que le testateur était présent quand lecture avait été faite. Cela était probable, en effet; mais la loi ne se contente pas d'une probabilité, elle veut une mention expresse pour qu'il ne reste aucun doute, c'est-à-dire qu'il faut une preuve évidente de l'accomplissement de la formalité qu'elle prescrit.

346. Faut-il que la mention porte que lecture a été donnée du *testament?* D'après le texte de l'article 972, il faut répondre affirmativement, puisque la loi dit qu'il doit être fait *du tout* mention expresse. La cour de Bruxelles a jugé que les mots *lecture faite* suffisaient, parce qu'ils sont de style pour marquer que lecture a été donnée de l'acte qui vient d'être passé. Cela est trop absolu, puisqu'il en résulterait qu'il ne faut pas de mention. Aussi la cour ajoute-t-elle qu'on doit surtout le décider ainsi si, en combinant les mots *lecture faite* avec le reste de la phrase,

(1) Rennes, 16 janvier 1811 (Dalloz, n° 2953)
(2) Aix, 11 mai 1807 (Dalloz, n° 2954).

il est certain que la lecture faite a été celle de la minute du testament que le testateur, les témoins et le notaire ont ensuite signée après la lecture (1). La chambre de cassation de Bruxelles a jugé dans le même sens que la lecture et la signature réunies et mentionnées expressément dans la même clause ne peuvent s'entendre et s'appliquer qu'au seul objet dont il soit parlé dans cette clause, c'est-à-dire au testament (2). C'est ce que la cour de Liége établit jusqu'à l'évidence. L'acte disait : « Ce fut ainsi dicté par le testateur et écrit par moi notaire, présents les quatre témoins. » Puis l'acte ajoutait immédiatement : « Et ayant donné lecture et relecture audit testateur par moi. » Le notaire avait négligé de dire qu'il avait fait lecture du testament; mais, dit la cour, la mention de la dictée et de l'écriture se rapportant au testament, l'expression de la lecture ne peut que s'y rapporter aussi, d'autant plus que le notaire lie cette phrase avec celle dans laquelle il dit que le testateur a déclaré l'avoir bien compris, et que le tout est conforme à sa dictée et à ses intentions. D'où il résultait que ce dont le notaire avait donné lecture était sa volonté et conforme à sa dictée; et comme l'acte exprimait que le testateur avait dicté son testament, ces phrases disaient expressément que le notaire avait donné lecture du testament (3).

347. Le notaire doit donner lecture du *testament* et en faire mention. Qu'entend-on par *testament?* Est-ce l'acte en entier, y compris les signatures ou la déclaration du testateur qu'il ne sait ou ne peut signer? Le texte du code répond à la question. C'est l'article 972 qui exige la mention expresse *du tout*, ce qui ne peut se rapporter qu'aux formalités prescrites par cette disposition; il n'y est question que du testament dicté par le testateur. Quant aux signatures, il en est traité dans l'article 973 : si le testateur ne sait ou ne peut signer, il doit être fait mention expresse de sa déclaration dans l'acte. Mais l'arti-

(1) Bruxelles, 19 juillet 1816 (*Pasicrisie*, 1816, p. 171).
(2) Rejet, 17 mai 1819 (*Pasicrisie*, 1819, p. 380).
(3) Liége, 31 janvier 1817 (*Pasicrisie*, 1817, p. 322). Comparez Rejet, 5 novembre 1811 (Dalloz, n° 2912, 1°); Montpellier, 3 juin 1833 (Dalloz, n° 2918).

cle 973 n'exige pas que lecture soit donnée de la mention, et on ne peut pas induire cette obligation de l'article 972, puisque cet article ne parle pas des signatures. Cela est aussi fondé en raison. Pourquoi la loi veut-elle que lecture soit donnée du testament au testateur en présence des témoins? Pour que le testateur et les témoins puissent se convaincre que le notaire a écrit ce que le testateur a dicté. Ce motif est étranger aux signatures et aux déclarations qui les concernent. Si le notaire ne doit pas donner lecture de la mention qu'il fait de la déclaration du testateur de ne pas savoir ou ne pouvoir signer, la conséquence est que la lecture et la mention de la lecture ne comprennent que les dispositions proprement dites du testateur. Telle est la doctrine des auteurs, et telle est aussi la jurisprudence à peu près constante des cours (1).

La cour de Paris, sous la présidence de Troplong, a rendu un arrêt en sens contraire. Elle établit très-bien la nécessité de la déclaration que l'article 973 exige quand le testateur ne sait ou ne peut signer, puis elle pose en principe que dans la matière des testaments, différente sous ce rapport de la matière des contrats, les déclarations du testateur ne font foi qu'autant qu'elles lui ont été lues par le notaire en présence des témoins, et qu'il ne les a pas contredites. Nous demanderons où ce principe est écrit? Ce n'est pas dans l'article 972: la loi ne dit pas que toute déclaration doit être lue au testateur, elle dit que le testament dicté par le testateur et écrit par le notaire tel qu'il a été dicté doit être lu; or, le testateur ne dicte pas sa déclaration de ne savoir ou ne pouvoir signer; donc l'article 972 est hors de cause, et l'article 973 ne prescrit pas de lecture. La cour prévoit l'objection, et dit que l'on ne doit pas isoler les deux articles, que l'article 973 fait suite à l'article 972; la déclaration de ne savoir ou ne pouvoir signer est une partie du testament; or, tout le testament doit être lu; il était inutile de répéter dans l'article 973 ce que la loi dit dans l'article 972 (2).

(1) Rennes, 1er août 1827; Douai, 6 mars 1833; Montpellier, 3 juin 1833, et Rejet, 3 juillet 1834 (Dalloz, n° 2918), et consultation de Dalloz, p. 849 note.
(2) Paris, 14 juillet 1851 (Dalloz, 1852, 2, 179). Cette décision est critiquée

Ainsi il y aurait une formalité par sous-entendu, et l'inobservation de cette formalité entraînerait la nullité du testament! Cela est inadmissible. Pas de nullité sans texte, et de texte il n'y en a pas. Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de cassation fondé sur ce que le testament annulé par la cour pour défaut de lecture des déclarations du testateur faisait mention de cette lecture (1). Cette décision suppose que la lecture des déclarations prescrites par l'article 973 est nécessaire, mais la question n'est pas tranchée formellement. Les cours d'appel ont continué à juger d'après l'ancienne jurisprudence, qui est la bonne. La cour d'Aix dit très-bien que la déclaration de ne savoir ou de ne pouvoir signer équivaut à la signature. Faut-il donner lecture des signatures? Non, sans cela où s'arrêterait-on? La même cour dit que l'on conçoit la nécessité de lire les dispositions du testateur, pour que celui-ci puisse s'assurer si le notaire a écrit ses volontés telles qu'il les a dictées; mais à quoi bon lire la déclaration de ne savoir ou ne pouvoir signer? C'est la constatation d'un simple fait sur lequel on ne comprend pas que le testateur veuille revenir; et si telle était son intention, il n'a qu'à le dire (2). Une autre cour, celle de Douai, répond à l'argument que la cour de Paris avait puisé dans la combinaison des articles 972 et 973, et la réponse est péremptoire. Ces deux articles ont un objet différent : l'un concerne les dispositions du défunt, ici s'applique l'obligation de la lecture : l'autre est relatif à une formalité, et l'accomplissement de cette formalité est suffisamment constatée par la mention qui en est faite. C'est donc confondre deux ordres d'idées tout à fait distincts que d'étendre à l'article 973 la nécessité de la lecture établie par l'article 972 (3). Cette doctrine a été consacrée par deux arrêts de rejet qui ont décidé en termes formels qu'il ne faut ni

par Marcadé (*Revue critique de jurisprudence*, 1852, p. 707 et suiv.), et par Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 2919.

(1) Cassation, 24 mai 1853 (Dalloz, 1853, 1, 227).

(2) Aix, 16 février 1853 (Dalloz, 1853, 2, 119).

(3) Douai, 24 mai 1853 (Dalloz, 1853, 2, 184). Comparez Dijon, 2 mars 1853 (Dalloz, 1853, 2, 66); Bastia, 10 avril 1854 (Dalloz, 1854, 2, 216).

lecture de la déclaration prescrite par l'article 973, ni mention de cette lecture (1).

348. La mention de la lecture du testament au testateur ne suffit point, il faut ajouter que la lecture au testateur a été faite *en présence des témoins*, et cela à peine de nullité (art. 972 et 1001). Ces mots *en présence des témoins* ne sont pas sacramentels, ils peuvent être remplacés par des équipollents; mais la difficulté est de savoir quand il y a équipollence, et elle est grande. L'énumération de toutes les décisions qui sont intervenues sur ce point et l'analyse des arrêts seraient également inutiles, elles n'apprendraient rien à nos lecteurs. Il faut tâcher de rattacher la jurisprudence à un principe, sauf à discuter ce qui est sujet à controverse, et la tâche n'est point facile.

Supposons d'abord que le notaire ait dit que lecture du testament a été faite au testateur *et* aux témoins, sans autre énonciation. Cette mention est-elle suffisante? La cour de Bruxelles s'est d'abord prononcée pour l'affirmative par un motif grammatical. Il n'y a eu qu'une lecture, dit la cour, puisque le mot *lecture* est pris au singulier; or, si une seule lecture est faite au testateur et aux témoins, elle doit nécessairement avoir eu lieu simultanément (2). La cour de cassation a jugé le contraire, et avec raison. La conjonctive *et* n'exprime pas une lecture simultanée faite au testateur et aux témoins; et c'est cette lecture que la loi exige. Il se pourrait que lecture eût été donnée au malade dans une pièce et aux témoins dans une autre; le notaire constaterait que lecture a été faite au testateur et aux témoins : les héritiers seraient-ils admis à s'inscrire en faux contre cette mention? Non, quand même ils offriraient de prouver que la lecture a été faite séparément; le notaire dirait qu'il n'a pas constaté que la lecture fût simultanée, preuve que la mention est insuffisante (3).

(1) Deux arrêts : des 8 mai 1855 (Dalloz, 1855, 1, 167) et 4 juin 1855 (*ibid.*, p. 386).

(2) Bruxelles, 3 fructidor an XII et 16 janvier 1808 (Dalloz, n° 2946).

(3) Cassation, 13 septembre 1809 (Dalloz, n° 2947). Duranton, t. IX, p 117, n° 85, et tous les auteurs.

Il en serait de même si le notaire disait que lecture a été faite tant au testateur qu'aux témoins (1), ou au testateur ainsi qu'aux témoins (2). La cour de Caen avait jugé le contraire pour l'expression *ainsi que;* elle prétendait que cet adverbe liait tellement l'action exprimée par les termes qui la précèdent avec l'action exprimée par les termes qui la suivent, qu'il est impossible de les séparer et qu'il en résulte l'équivalent d'une énonciation formelle de la simultanéité de ces deux actions. Merlin répond que la cour se trompe sur le sens de l'expression adverbiale *ainsi que;* d'après le dictionnaire de l'Académie, elle signifie *de même que,* ce qui indique une succession, et non la simultanéité de deux faits (3).

Merlin ajoute qu'il en serait autrement s'il se rencontrait dans le testament une particularité de laquelle il résulte *nécessairement* que la lecture a été faite au testateur en même temps qu'aux témoins. Le cas s'est présenté devant la cour de Liége. Il était dit dans l'acte : « J'en ai fait la lecture à la testatrice *et* aux témoins, et elle m'a déclaré *en leur présence* que les dispositions contenaient l'expression exacte de sa volonté dernière. » Le testament, annulé par le tribunal de Dinant, fut validé par la cour de Liége, parce qu'il résultait de l'*ensemble des clauses* que lecture avait été donnée au testateur en présence des témoins. Sur le pourvoi, l'arrêt fut cassé; la cour de cassation décida que de l'*ensemble des clauses* il ne pouvait jamais résulter une *mention expresse*(4). Nous reviendrons sur ce point, l'un des plus difficiles de la matière des mentions. Merlin dit que la mention était suffisante, et il a raison. Il y avait équipollence, non en vertu de l'ensemble, mais en vertu de deux énonciations qui se liaient et qui combinées attestaient que la lecture s'était faite en présence des témoins.

(1) Metz, 17 août 1812 (Dalloz, nº 2931).

(2) Cassation, 10 et 24 juin 1811 (Dalloz, nº 2947). Merlin, *Répertoire,* au mot *Testament,* t. XXXIII, p. 475 et suiv. Bruxelles, 30 octobre 1819 (*Pasicrisie,* 1819, p. 472).

(3) Merlin, *Répertoire,* au mot *Testament,* sect. II, § III, art. II, nº IV, 3e question (t. XXXIII, p. 476).

(4) Cassation, 6 mai 1812, et Merlin, *Répertoire,* au mot *Testament,* sect. II, § III, art. II, nº IV, 4e question (t. XXXIII, p. 477 et suiv.).

349. S'il ne suffit pas que le notaire dise que lecture a été donnée au testateur et aux témoins, bien moins encore la mention sera-t-elle suffisante lorsque le notaire se borne à constater la *présence* des témoins dans le préambule de l'acte et à la clôture. Cette formule est de style ; elle rend probable la présence des témoins aux diverses opérations du testament; mais pour la présence des témoins à la lecture, la loi ne se contente pas d'une probabilité, elle veut une mention expresse. « Le législateur, dit la cour de Bruxelles, n'a pas abandonné le sort des testaments aux argumentations et aux conjectures; » et, sur le pourvoi, la cour de cassation a jugé, conformément aux conclusions de Merlin, que l'accomplissement des formalités ne peut pas se présumer d'après le contexte général du testament : il faut ou les expressions de la loi, ou des expressions équivalentes qui soient synonymes et identiques (1). On a objecté que ces mots de la clôture : « fait et passé en présence des témoins, » devaient se rapporter à la mention de la présence des témoins à la lecture qui se trouve dans le contexte du testament. Nous dirons plus loin que les deux mentions, de lecture au testateur et de lecture aux témoins, peuvent, en effet, être séparées; mais pour qu'elles prouvent la simultanéité de la lecture, il faut qu'il y ait un lien entre les deux mentions; si le contexte dit seulement que le testament a été lu au testateur et si la clôture porte la formule : *fait et passé*, il n'y a pas de lien, par conséquent rien ne prouve que le testament ait été lu simultanément au testateur et aux témoins (2). Il se pourrait que la lecture eût été faite aux témoins, mais séparément, sans que la mention, telle qu'elle est formulée, fût fausse : preuve que la mention n'est point suffisante. C'est la remarque de la cour de Bruxelles (3).

Il faut faire pour la formule *fait et passé* la même res-

(1) Rejet, 19 frimaire an XIV, et les conclusions de Merlin (*Répertoire*, au mot *Testament*, sect. II, § III, art. II, n° IV, 1re question (t. XXXIII, p. 465 et suiv.).
(2) Cassation, 23 mai 1810 (Dalloz, n° 863, 1°).
(3) Bruxelles, 27 mars 1844 (*Pasicrisie*, 1844, 2, 93) et 28 décembre 1850 (*ibid.*, 1851, 2, 39).

triction que Merlin admet pour la mention de la lecture au testateur *et* aux témoins. Seule et isolée, elle est insuffisante. Mais il a été jugé qu'elle devient suffisante lorsque la présence des témoins est mentionnée dans les quatre phrases qui composent l'acte et qui sont liées entre elles de manière à ne former qu'un tout; c'est une preuve matérielle que les témoins ont été présents à la lecture comme à toutes les opérations du testament (1).

350. La mention finale porte : « *Fait, lu* et *passé* en présence des témoins, » et dans le corps de l'acte il est dit que lecture a été donnée au testateur : y aura-t-il mention suffisante? S'il n'y a aucun lien entre les deux mentions, il faut répondre négativement; les deux mentions constatent bien la lecture séparée, mais elles n'attestent pas la simultanéité de la lecture. C'est ce que décide un arrêt de la cour de Riom, que l'on a eu tort de critiquer (2). Mais si la clause finale se lie à celles qui constatent la présence des témoins, le juge peut, d'après les circonstances, décider qu'il y a mention suffisante de la présence des témoins à la lecture. Nous disons d'après les circonstances, c'est-à-dire d'après la rédaction; comme la rédaction diffère d'un cas à l'autre, c'est au juge à voir s'il y a une corrélation nécessaire entre la mention finale et les énonciations qui se trouvent dans le corps de l'acte (3). Nous ne rapportons pas les décisions; la discussion de ces arrêts d'espèces n'aurait aucun intérêt.

Il en est de même de la mention *lecture faite*, ou, comme disent parfois les officiers publics pour donner plus de force à cette clause, *lecture itérativement faite* (4). Qu'ils lisent et relisent le testament tant qu'ils voudront, cette lecture répétée ne le sauvera pas de l'annulation, si l'acte ne contient pas la mention expresse ou équivalente de la lecture au testateur en présence des témoins. Au lieu de faire des lectures inutiles et des phrases plus

(1) Grenoble, 24 août 1811 (Dalloz, n° 3212).
(2) Riom, 2 mars 1811 (Dalloz, n° 2967, 3°).
(3) Rennes, 18 juin 1831; Lyon, 23 avril 1812, et Rejet, 20 novembre 1817 (Dalloz, n°s 2971, 1° et 2976, 1° et 4°).
(4) Caen, 2 décembre 1835 (Dalloz, n° 2938).

inutiles encore, les notaires devraient s'en tenir aux expressions simples du code; ils préviendraient les procès, tandis qu'ils les font naître. Si l'énonciation d'une lecture répétée est accompagnée d'une mention qui prouve que cela a eu lieu en présence du testateur et des témoins, il y a équipollence (1); toujours est-il que la simplicité du code vaut mieux que cette redondance de formalités et de paroles.

351. L'acte est terminé par la mention suivante : « *Tout ceci a été fait en présence des témoins.* » Si la mention de la lecture du testament précède immédiatement, il n'y a pas de doute. Mais si la mention finale est placée après une autre formalité, il y a doute. On a dit que le mot *ceci*, quand il y a plusieurs choses qui précèdent, est restreint à celle qui se trouve le plus rapprochée. Cela est vrai, mais le mot *tout* étend cette signification à tout ce qui précède; ce qui est décisif. La chambre de cassation de Bruxelles l'a jugé ainsi, et Merlin approuve la décision (2).

L'expression, *le tout en présence des témoins,* qui termine l'acte, générale de sa nature, se rapporte nécessairement à toutes les formalités dont la mention précède, donc aussi à celle de la lecture. Peu importe donc qu'il y ait des formalités mentionnées après la lecture ; cela est certes peu correct, mais quand il s'agit de décider de la nullité ou de la validité d'un testament, il ne faut pas s'arrêter au style plus ou moins correct, il faut voir ce que le notaire a voulu dire ; or, le mot *tout* ne laisse aucun doute (3).

352. La jurisprudence admet que les deux mentions de la lecture au testateur et de la présence des témoins à cette lecture peuvent être séparées, cela est certainement très-irrégulier : conçoit-on qu'un notaire qui a la moindre idée de rédaction sépare deux mentions qui doivent constater une seule et même formalité? Mais nous sommes

(1) Liége, 16 décembre 1811 (Dalloz, n° 2949).
(2) Rejet, 29 mai 1822, et Merlin, *Répertoire*, au mot *Testament*, sect. II, § III, art. II, n° IV, 8e question (t. XXXIII, p. 487).
(3) Nancy, 27 janvier 1820, et Rejet, 2 août 1821 (Dalloz, n° 2974, 5°). Comparez les arrêts de Liége, de Rennes et de Bruxelles rapportés par Dalloz, n° 1974, 1°, 2° et 3°.

sur le terrain des irrégularités; il s'agit de savoir quelles sont celles qui entraînent la nullité. Dès que l'on admet le principe de l'équipollence, la solution n'est pas douteuse; il suffit que les deux mentions réunies attestent que le testament a été lu au testateur en présence des témoins. Ainsi il est dit dans un testament que le notaire en a donné lecture à la testatrice, que celle-ci a déclaré qu'il contenait ses dispositions de dernière volonté et qu'elle y persistait. Immédiatement après on lit : « Le *tout* fait et passé *en présence* et *continuelle assistance* des témoins requis. » Les deux mentions réunies prouvent la lecture en présence des témoins; elles sont séparées, mais non isolées, l'expression *le tout* servant de liaison (1). Mais quand les deux mentions sont séparées et isolées, tout ce qu'elles attestent c'est la lecture, ce qui ne suffit pas, puisqu'il faut la lecture simultanée, sous peine de nullité. Il y a un arrêt formel en ce sens; et le principe qu'il consacre ne nous paraît pas douteux (2).

Il y a des arrêts qui admettent que les deux mentions séparées suffisent. « Le notaire, dit la cour de Limoges, ayant fait mention dans une phrase que la lecture de l'acte avait été faite au testateur, et dans une phrase subséquente qu'il en avait fait lecture aux témoins, cela doit suffire, le vœu de la loi se trouve rempli (3). » La cour oublie la simultanéité. Est-ce que par hasard le vœu de la loi serait rempli si le notaire donnait lecture du testament au testateur dans une chambre et aux témoins dans une autre? Non, certes. La cour de Limoges prévoit l'objection, et dit qu'elle est absurde, parce qu'elle suppose que l'on fait deux lectures. Loin d'être absurde, cela est très-naturel en temps de maladie contagieuse, ou de maladie réputée telle.

La cour de Gand a rendu un arrêt sur la même question. Nous croyons la décision juste au fond, mais il y a des motifs que nous ne voudrions pas adopter. Il n'est pas vrai d'une manière absolue que les deux mentions puissent

(1) Grenoble, 28 juillet 1812 (Dalloz, nº 2940, 3º).
(2) Aix, 26 août 1813 (Dalloz, nº 2942).
(3) Limoges, 17 août 1815, et Rejet, 28 novembre 1816 (Dalloz, nº 2939).

résulter de phrases distinctes et séparées par quelques dispositions. A notre avis, il n'est pas vrai non plus, d'une manière absolue, que l'accomplissement des formalités puisse résulter de l'ensemble des énonciations. Nous n'oserions pas davantage poser comme règle d'interprétation que si une mention est susceptible de deux sens différents, on doive l'entendre dans la signification qui satisfait à la loi, plutôt que dans celle qui n'y satisfait point (1). Quand une mention est douteuse à ce point, peut-on dire qu'elle soit expresse? et en prescrivant une mention expresse le législateur n'a-t-il pas eu pour objet de prévenir tout doute?

353. La mention expresse de la lecture simultanée peut-elle résulter de l'ensemble des clauses du testament? On prétend que telle est la jurisprudence nouvelle. Il faut s'entendre. L'expression l'*ensemble des clauses* présente un sens très-vague; prise à la lettre, elle semble exclure la nécessité d'une mention expresse. La cour de cassation a proscrit formellement une pareille interprétation; nous avons déjà cité les termes de l'arrêt : « Une chose peut bien résulter *implicitement* des clauses d'un acte, mais de cet ensemble la chose ne peut résulter d'une manière *expresse* (2). « Merlin dit que cela est trop absolu. La cour a raison de rejeter les mentions résultant de l'ensemble, en ce sens qu'il ne saurait y avoir de mention *expresse* quand elle ne résulte que de simples raisonnements qui ne produisent qu'une probabilité plus ou moins grande; une mention expresse c'est la certitude, ce qui exclut les conjectures, les présomptions et les vraisemblances, quelque graves qu'elles soient. Mais lorsqu'il y a dans un testament des énonciations formelles qui, si on les combine, prouvent que lecture simultanée du testament a été donnée, alors la mention est expresse; seulement au lieu de la faire en une seule proposition, ce qui serait le plus simple, le rédacteur de l'acte l'a faite en deux ou trois clauses. C'est ce que dit la cour de cassation dans un autre

(1) Gand, 16 mars 1854 (*Pasicrisie*, 1855, 2, 393).
(2) Cassation, 6 mai 1812 (Dalloz, nº 2947); Merlin, *Répertoire*, au mot *Testament*, sect. II, § III, art. II, nº IV, 4e question (t. XXXIII, p. 478).

arrêt; elle ne se contente pas d'argumentations tendant à établir par des raisonnements subtils, ou par de simples inductions, une mention qui, d'après la loi, doit être expresse ; elle veut des preuves *matérielles, évidentes,* qui sortent *nécessairement* des *termes* mêmes de l'acte (1). En ce sens elle admet une preuve résultant de l'ensemble, et quand la preuve est ainsi acquise, elle valide le testament; tandis qu'elle casse les décisions qui, par un autre excès, ont recours à des raisonnements subtils pour nier qu'il y ait mention expresse. « Les formalités, dit un arrêt de cassation, qui ont été introduites pour assurer les dispositions des testateurs ne doivent pas, lorsqu'elles ont été remplies, devenir l'objet de subtilités tendantes à anéantir ces mêmes dispositions (2). »

Malheureusement la cour de cassation a parfois oublié ces sages maximes, et par là elle a prêté la main à un système d'indulgence ou de relâchement que la doctrine ne peut accepter, puisqu'il conduit à une véritable violation de la loi. Un arrêt de la chambre des requêtes a validé un testament parce que, sainement entendu, il *prêtait à l'induction* tirée par la cour d'appel que la mention expresse exigée par la loi s'y trouvait suffisamment (3). Une mention *induite* par voie de raisonnement est-elle une clause *expresse?* Non, certes. Tous les auteurs critiquent cette décision (4); elle est en opposition avec les arrêts de la chambre civile que nous venons de rapporter. Les cours d'appel aussi, quand elles jugent en principe, repoussent une interprétation qui remplace la mention *expresse* par une mention implicite ; or, une *mention implicite* est une chose contradictoire, car qui dit *mention expresse,* dit une déclaration *explicite,* certaine, matérielle, comme le dit la cour de cassation, c'est-à-dire palpable. La cour de Besançon dit très-bien que la mention expresse ne peut résulter du contexte général de l'acte, ni d'aucune présomption ni d'aucune conjecture, qu'elle doit

(1) Cassation, 23 mai 1814 (Dalloz, n° 2978, 2°).
(2) Cassation, 22 juillet 1829 (Dalloz, n° 2936, 2°).
(3) Rejet, 9 février 1820 (Dalloz, n° 2934).
(4) Merlin, Duranton, Dalloz (voyez les citations dans Dalloz, n° 2934).

être formelle et textuelle, de manière à lever toute espèce de doute (1). Il ne suffit pas, dit la même cour, d'arriver par des raisonnements à la conviction que lecture simultanée aurait été faite, il faut que la mention de cette lecture soit formellement exprimée (2). La cour d'Orléans dit de même qu'il doit être évident, d'après la teneur même du testament, que la formalité de la lecture a été remplie (3). La cour de Bruxelles repousse les mentions résultant de l'ensemble (4). Cette mauvaise expression, *mention résultant de l'ensemble des dispositions*, se trouve parfois dans de bons arrêts, mais elle y est corrigée par les considérants qui établissent que la mention existe dans les énonciations formelles du testament, qu'il suffit de combiner (5). Si les cours sont obligées de combiner les diverses dispositions ou énonciations d'un acte, c'est que la rédaction est incorrecte; mais quand ces énonciations prouvent par elles-mêmes que la lecture a eu lieu, on doit dire que la mention est expresse (6). Lors donc que la cour de cassation dit qu'il suffit que l'accomplissement des formalités ressorte *manifestement* de l'*acte* et de l'*ensemble de sa rédaction*, il ne faut pas isoler ces derniers mots de ceux qui les précèdent; c'est l'*acte* qui doit contenir la preuve manifeste de la lecture, ce sont les diverses *énonciations de l'acte* que la cour réunit et combine pour établir que l'observation de la formalité en résulte *manifestement* (7).

354. Il y a une mauvaise rédaction qui est très-fréquente; nous la citons parce qu'elle donne lieu à de nombreux procès. Le notaire commence par mentionner la lecture faite au testateur, puis vient une énonciation quelconque, par exemple celle que le testateur persiste dans sa volonté, enfin l'acte constate la présence des té-

(1) Besançon, 7 décembre 1806 (Dalloz, n° 2933, 1°).
(2) Besançon, 5 août 1811 (Dalloz, n° 2567).
(3) Orléans, 10 février 1830 (Dalloz, n° 2936).
(4) Bruxelles, 27 mars 1844 (*Pasicrisie*, 1844, 2, 91).
(5) Liége, 30 juin 1838 (*Pasicrisie*, 1838, 2, 184).
(6) Gand, 27 décembre 1839 (*Pasicrisie*, 1839, 2, 228).
(7) Cassation, 7 décembre 1846 (Dalloz, 1847, 1, 40) et 5 février 1850 (Dalloz, 1850, 1, 269).

moins. Cette mention est-elle suffisante? Merlin répond : pourquoi ne le serait-elle pas? Les énonciations qui se trouvent entre la mention de la lecture au testateur et la mention de la présence des témoins n'empêchent pas que celle-ci ne se rattache à celle-là et qu'il n'y ait entre l'une et l'autre un rapport aussi certain qu'évident. La chose est, en effet, évidente dans l'exemple tel que Merlin le formule (1); mais il y a des notaires qui ont l'art de rédiger leurs actes d'une manière si embarrassée et de mêler si bien des dispositions inutiles aux dispositions nécessaires, que le tout devient un dédale, c'est-à-dire une mine à procès.

Nous citerons une espèce très-simple qui reproduit l'hypothèse de Merlin. L'acte mentionne la lecture dans les termes suivants : « Après que nous, notaire, lui en avons donné lecture à haute et intelligible voix, et traduit du français en flamand, le testateur a déclaré l'avoir bien compris, et que cela était sa dernière volonté. » Puis le notaire ajoute d'un même contexte : « En présence desdits témoins. » A la suite de la date de l'acte vient une nouvelle mention de lecture en présence des témoins. A force de répétitions et de redondances, le testament devenait obscur; de là un inévitable procès. La cour de Bruxelles jugea que l'on ne pouvait, sans violenter la contexture de la phrase, séparer les derniers mots « en présence desdits témoins » de ceux-ci « lui en avons donné lecture; » d'autant plus que les expressions *traduire du français en flamand* et *bien comprendre* font partie de cette même lecture. Quant à la répétition de la mention de lecture, la cour l'écarte comme une clause inutile, en remarquant que ces mêmes répétitions se trouvaient dans tout l'acte, que tout y était répété deux ou trois fois (2). Quelle peine les notaires se donnent pour ne pas être clairs et simples!

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Testament*, sect. II, § III, art. II, nº IV, 9e question, et les arrêts qu'il cite (t. XXXIII, p. 488-490).

(2) Bruxelles, 18 janvier 1820 (*Pasicrisie*, 1820, p. 17). Comparez Bruxelles, 9 mai 1822 (*Pasicrisie*, 1822, p. 128); Liége, 24 mai 1826 (*ibid.*, 1826, p. 169); Gand, 5 mai 1851 (*ibid.*, 1855, 2, 67). Paris, Riom et Aix (Dalloz, nº 2861, 1º, 2º, et nº 2972, 2º).

355. L'application de ces principes divise souvent les magistrats; comme le dit Troplong, ils se prononcent pour ou contre la validité de la mention, selon qu'ils sont disposés à maintenir ou à annuler le testament. Plus heureux que les juges, les auteurs ne voient que les principes; si l'on y reste fidèle, les difficultés s'évanouissent. Il faudrait un volume pour discuter les arrêts rendus en cette matière; nous nous bornerons à citer une décision assez récente rendue par la cour de cassation, après partage, et sur les conclusions contraires du procureur général. Après la dictée du testament, le notaire constate qu'il l'a lu et relu à la testatrice. Dans cette partie de l'acte, la présence des témoins est complétement omise; on ne les retrouve qu'à la fin du testament qui se termine ainsi : « Et après nouvelle lecture faite, la comparante ayant déclaré ne savoir ni lire ni signer, les témoins et le notaire ont signé seuls. » Cette nouvelle mention d'une troisième lecture ne parle pas plus des témoins que la première. Il est vrai que l'acte porte qu'après lecture les témoins ont signé; de là on pourrait induire que les témoins ont été présents à la lecture qui s'est faite immédiatement avant leur signature; mais, dit la cour d'appel, on ne peut suppléer à l'absence d'une déclaration expresse à l'aide d'inductions et de vraisemblances. La décision est rigoureuse, mais juste. Elle a été confirmée par la cour de cassation (1).

356. Nous avons dit que la loi ne prescrit aucune place pour les diverses mentions (n° 333); ce principe s'applique à la mention de la lecture, mention complexe, dont les divers éléments peuvent être séparés par suite d'une mauvaise rédaction; ce qui n'empêche pas la mention d'être valable, pourvu qu'il y ait un lien entre les diverses clauses; nous en avons cité de nombreux exemples (2). Il ne faudrait pas en induire que la place où se trouve une mention est absolument indifférente. Si la mention de la présence des témoins se trouve au milieu de l'acte, on doit voir si elle se rapporte à tout l'acte, ou

(1) Amiens, 9 novembre 1851, et Rejet, chambre civile, 20 mars 1854 (Dalloz, 1854, 1, 97).
(2) Comparez les arrêts rapportés par Dalloz, nos 2978-2980.

seulement aux énonciations qui précèdent. Le sort du testament en peut dépendre. On lit dans un testament les mentions suivantes : « Ce testament a été ainsi dicté par le testateur au notaire soussigné, qui l'a écrit tel qu'il lui a été dicté, *le tout en présence des mêmes quatre témoins* ; il l'a lu ensuite au testateur, qui a déclaré le bien comprendre et y persévérer comme contenant sa dernière volonté. » Les mots *le tout en présence des quatre témoins* se rapportaient-ils uniquement aux énonciations qui précédaient? Dans ce cas, il n'y avait pas de mention de la présence des témoins à la lecture, et par suite le testament était nul. La cour de Bruxelles l'a interprété ainsi, et il était impossible de l'interpréter autrement; l'expression *le tout* est relative à ce qui précède; le mot *ensuite*, qui vient après la mention de présence, indique une opération nouvelle, distincte de celles qui ont précédé (1). Cela était décisif.

Il y a un arrêt de la cour de Gand qui paraît admettre une interprétation plus indulgente. Il pose en principe qu'il est de la nature des phrases incidentes de régir ce qui les précède et ce qui les suit jusqu'à la fin de la phrase principale. Cela est trop absolu, puisque tout dépend de la construction de la phrase. Nous n'entendons pas critiquer la décision au fond; il y avait, dans l'espèce, des mentions répétées de lecture et de présence des témoins; c'était le cas de les réunir, en les interprétant l'une par l'autre (2).

VII. *Des signatures.*

357. Le testament doit être signé par le testateur, les témoins et le notaire. Un acte non signé n'est pas un acte, et n'a aucune valeur; c'est la signature qui donne le sceau à l'acte, et par conséquent l'existence. Le testament par acte public n'est pas l'œuvre du testateur seul, il ne suffit donc pas qu'il le signe; le testament est *reçu*

(1) Bruxelles, 5 mai 1851 (*Pasicrisie*, 1852, 2, 67).
(2) Gand, 16 mars 1854 (*Pasicrisie*. 1855, 2, 393).

par deux notaires, ou un notaire en présence de deux ou de quatre témoins; il faut par conséquent la signature des officiers publics. Il faut aussi celle des témoins, car le notaire ne peut rien faire sans l'assistance des témoins : il reçoit le testament en leur présence, dit l'article 971 (1).

De là suit que si l'un de ceux qui doivent signer ne signe pas, il n'y a pas de testament. Le testateur meurt au moment où il va signer; le testament reste à l'état de projet, il ne peut plus recevoir sa perfection. Vainement le notaire signerait-il avec les témoins, en attestant que le défunt avait approuvé le testament et que la mort l'a empêché de signer: il faudrait une loi pour qu'une déclaration pareille équivalût à la signature. De même le testateur meurt après avoir mis sa signature, mais avant que le notaire et les témoins aient signé. Le testament est nul, pour mieux dire, inexistant; c'est la signature du notaire et celles des témoins qui impriment l'authenticité à l'acte; or, ils ne peuvent signer quand le testateur est mort, car le testament ne peut recevoir sa perfection que par le concours des signatures, qui seul atteste le concours de tous ceux qui prennent une part à la confection du testament. Ce concours étant impossible après la mort du testateur, le testament reste imparfait, donc à l'état de projet (2).

1. SIGNATURE DU TESTATEUR.

358. Le testament doit être signé par le testateur (art. 973). Ce que nous avons dit de la signature des testaments olographes s'applique par analogie à la signature des testaments par acte public (nos 221-228). Il a été jugé que le testament est valable, bien que le testateur ait signé un nom qui n'était pas son véritable nom de famille, s'il était connu sous ce nom, s'il l'avait pris dans tous les actes, s'il lui avait été donné même dans des actes officiels émanés du gouvernement (3). Dans les testaments

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 518, et note 65, § 670.
(2) Gand, 5 avril 1833 (*Pasicrisie*, 1833, 2, 118).
(3) Bourges, 19 août 1821, et Rejet, 10 mars 1829 (Dalloz, no 3008).

authentiques, cela fait moins de doute que dans les testaments olographes, puisque l'identité du testateur est certifiée par le notaire.

359. Le testateur malade, sur le point de mourir, essaye de signer, mais il ne parvient qu'à tracer une signature illisible. Cela est constaté par le notaire dans l'acte. Le testament sera-t-il valable? Si le testateur a réellement signé, quoique la signature soit imparfaite, le testament sera valable. En effet, une signature incorrecte ou composée de caractères peu lisibles n'en est pas moins une signature; c'est une preuve de la présence dans l'acte de celui qui y est dénommé comme testateur et un témoignage de sa volonté et de son consentement (1). Il ne faut pas confondre ce cas avec celui où le testateur ayant essayé de signer n'a pu le faire; le notaire mentionne le fait : le testament sera nul. En effet, le testateur n'a point signé; il faut donc appliquer l'article 973, aux termes duquel il ne suffit point que le notaire constate l'impossibilité où le testateur se trouve de signer, il faut que le testateur lui-même déclare qu'il ne peut signer et que mention expresse de cette déclaration soit faite (2).

360. L'article 973 n'exige pas la mention de la signature du testateur. Cette mention est prescrite, à peine de nullité, par l'article 14 de la loi du 25 ventôse an XI, aux termes duquel les actes notariés doivent être signés par les parties, les témoins et les notaires, lesquels sont tenus d'en faire mention à la fin de l'acte. On demande si cette disposition est applicable aux testaments. La jurisprudence s'est prononcée pour l'affirmative. Il y a de graves motifs de douter qui nous font pencher pour l'opinion contraire, très-bien défendue par Coin-Delisle, et à sa suite par Marcadé (3). Ce n'est, à vrai dire, que l'application du principe qui régit les rapports du code civil et de la loi de

(1) Rejet, 31 décembre 1850 (Dalloz, 1851, 1, 53).
(2) Rejet, 25 avril 1825 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 3081, 2°). Poitiers, 28 août 1834 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 3081, 3°).
(3) Coin-Delisle, p. 383 note; Marcadé, t. IV, p 20, n° I de l'article 973; Demante, t. IV, p. 272, n° 116 *bis* II et p. 280, n° 118 *bis* I. En sens contraire, Duranton, t. IX, p. 126, n° 93; Troplong, n° 1581; Aubry et Rau, t. V, p. 512, note 33.

ventôse. Quand le code contient une disposition spéciale concernant les testaments, cette disposition déroge à la loi générale de ventôse; or, l'article 973 règle tout ce qui concerne la signature du testateur, donc il déroge à l'article 14 de la loi sur le notariat. Vainement dit-on que les articles 973 et 974 ne s'occupent pas de la mention des signatures; que par conséquent la loi de ventôse reste applicable à cet égard. L'argument serait décisif s'il s'agissait de l'application des principes généraux de l'abrogation des lois; il n'a aucune valeur quand il s'agit d'une loi spéciale (n° 250). Nous avons appliqué le principe de la spécialité aux conditions requises pour la capacité des témoins (art. 980 et 975 (1); il faut aussi l'appliquer aux signatures. Ce qui donne un grand poids à cette interprétation, c'est que le code, en n'exigeant pas la mention des signatures, n'a fait que consacrer l'ancien droit.

La jurisprudence française a peu d'autorité en cette matière; les cours de Turin et de Metz se placent sur le terrain des principes généraux de l'abrogation des lois, ce qui n'est pas la vraie question; la cour de cassation ne motive pas même sa décision (2). La cour de cassation de Belgique invoque le principe que les lois générales doivent être exécutées dans tous les points où il n'y a pas été dérogé par une loi spéciale; mais la difficulté est précisément de savoir si, dans l'espèce, la loi spéciale déroge à la loi générale (3).

En supposant que la mention soit nécessaire, il faut appliquer les règles générales qui régissent les mentions : elle doit être expresse, mais non sacramentelle. La loi de ventôse n'exige pas même que la mention soit expresse, de sorte que le juge jouit d'une latitude plus grande que pour les mentions prescrites par l'article 972; le notaire peut se servir de telles expressions qu'il veut (4).

(1) Voyez plus haut, nos 261 et 270.

(2) Turin, 18 novembre 1811; Metz, 1er avril 1819. Cassation, 16 février 1814 (Dalloz, n° 3030).

(3) Rejet, 2 décembre 1833 (*Pasicrisie*, 1833, 1, 181). Un arrêt de Liége n'admet cette opinion qu'hypothétiquement (30 juillet 1834, *Pasicrisie*, 1834, 2, 242).

(4) Cassation, 16 février 1814 (Dalloz, n° 3030, 2°). Bruxelles, 28 juillet

Il y a cependant quelque chose de spécial dans la mention des signatures ; la loi de ventôse veut qu'elle soit faite à la fin de l'acte. La cour de Bruxelles a jugé que cela ne veut pas dire que la mention doive précisément former les derniers mots de l'acte, de sorte qu'elle précède immédiatement la signature, il suffit que la mention se trouve après toutes les dispositions de l'acte (1).

361. L'article 973 prévoit le cas où le testateur ne sait ou ne peut signer ; il porte : « Si le testateur *déclare* qu'il ne sait ou ne peut signer, il sera fait dans l'acte mention expresse de sa *déclaration*, ainsi que de la cause qui l'empêche de signer. » Cette mention vaut signature, mais sous quelles conditions? La loi veut qu'il y ait une déclaration spontanée du testateur, que le notaire ne fait que constater. Pourquoi la déclaration doit-elle émaner du testateur et non du notaire? La signature est l'élément essentiel du testament ; elle doit être l'expression de la libre volonté du défunt, pour mieux dire, c'est en signant qu'il donne le sceau à sa volonté et qu'il marque que les dispositions écrites par le notaire sont bien les siennes ; or, la déclaration de ne savoir ou ne pouvoir signer tient lieu de la signature, il faut donc qu'elle émane du testateur, afin que l'on ait la certitude qu'il entend tester et qu'il fait sien le testament écrit par le notaire (2). La déclaration du testateur de ne savoir ou ne pouvoir signer est prescrite sous peine de nullité (art. 1001) ; elle tient lieu de signature ; sans cette déclaration il n'y a pas de signature ; or, un testament non signé n'est pas un testament, c'est un projet qui n'a pas reçu sa perfection. Vainement le notaire ferait-il en son nom la déclaration que le testateur n'a pas signé, parce qu'il ne savait ou ne pouvait signer ; cette déclaration est inefficace, parce que le notaire n'a pas le droit de la faire ; c'est donc comme s'il

1831 (*Pasicrisie*, 1831, p. 242). Liége, 9 juin 1832 (*Pasicrisie*, 1832, p. 172). Comparez les arrêts rapportés par Dalloz, nos 3033-3035.

(1) Bruxelles, 7 juillet 1820 (*Pasicrisie*, 1820, p. 185). Comparez Liége, 30 juillet 1834 (*Pasicrisie*, 1834, 2, 205), et la jurisprudence française dans Dalloz, nos 3087-3091.

(2) Aubry et Rau, t. V, p. 519, no 72. Demolombe, t. XXI, p. 310, no 308.

n'y avait aucune déclaration; donc il n'y a pas de signature, et partant point de testament (1).

362. Faut-il que le notaire interpelle le testateur de signer? L'édit perpétuel de 1611 en faisait une condition de validité du testament. « Tels testaments, dit l'article 12, seront signés du testateur et de deux témoins à ce appelés, s'ils savent écrire, *dont ils seront interpellés* par les notaires. » Il en était de même en France, en vertu des ordonnances d'Orléans (art. 84) et de Blois (article 165) (2). Le code n'exige pas l'interpellation. Est-ce à dire qu'il la défende, comme il défend implicitement les testaments faits sur interrogat? Non, tout ce que l'on peut induire du silence du code, c'est que l'interpellation n'est plus nécessaire (3). Au moment où il s'agit de signer, le testateur a manifesté ses volontés en les dictant; il a reçu lecture et a approuvé ce que le notaire a écrit sous sa dictée; la signature n'est plus qu'une formalité; rien n'empêche donc que le notaire interpelle le testateur de la remplir. Sur cette interpellation, le testateur doit ou signer, ou déclarer qu'il ne signe pas, parce qu'il ne sait ou ne peut signer. L'interpellation seule ne tient pas lieu de signature. Sous l'empire de l'ordonnance de 1735, on se contentait d'une interpellation, il suffisait que le notaire déclarât que le testateur interpellé n'avait pas signé pour ne savoir ou ne pouvoir le faire (4). Sous l'empire du code civil, il est certain que l'interpellation serait insuffisante, puisque la loi exige formellement une déclaration du testateur; or, l'interpellation est l'œuvre du notaire; tandis que la déclaration est le fait du testateur. Si donc le notaire se contentait de dire que le testateur n'a pu signer à cause de sa maladie, de ce faire interpellé, le testament serait nul, puisqu'il n'y aurait pas de signature, ni de déclaration qui en tienne lieu. Vainement dirait-on

(1) Coin-Delisle, p. 384, n° 6 de l'article 973, et tous les auteurs. Bruxelles, 8 décembre 1810 (Dalloz, n° 2953).

(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Signature*, § III, art. II, n° VII (t. XXXI, p. 189).

(3) Liége, 16 décembre 1812 (Dalloz, n° 3070, 2°). Douai 6 mars 1833 (Dalloz, n° 2918, 2°).

(4) Voyez la jurisprudence dans Dalloz, n° 3074.

qu'il y a interpellation et que la mention du notaire : que la maladie a empêché le testateur de signer, implique une réponse à cette interpellation; cette déclaration étant le fait du notaire ne peut tenir lieu d'une déclaration qui doit émaner du testateur (1).

363. Il arrive parfois que, sur l'interpellation du notaire, le testateur déclare qu'il sait signer; puis, quand il essaye d'apposer sa signature, les forces lui font défaut. Dans ce cas, le testateur doit déclarer ne pouvoir signer, et le notaire doit faire mention expresse de cette déclaration, ainsi que de la cause qui l'a empêché de signer. Si le notaire se borne à dire que le testateur a essayé de signer et qu'il n'a pu le faire à cause de sa faiblesse, le testament sera nul; en effet, il se trouvera sans signature et sans déclaration du testateur qui en tienne lieu (2). On objecte que l'acte fait connaître la cause pour laquelle le testateur n'a pas signé, sa maladie, sa faiblesse. Nous répondons que c'est le notaire qui le dit; or, la loi ne se contente pas de la déclaration du notaire, elle exige celle du testateur. Sans doute il est probable que, si le notaire avait demandé au testateur de faire lui-même cette déclaration, il l'eût faite; mais une probabilité, une présomption de fait ne tient pas lieu d'une déclaration: tout est de rigueur en matière de formalités (3).

364. Si le testateur ne signe pas, il faut qu'il déclare qu'il ne sait ou ne peut signer. Le testateur ne sait signer quand il n'a pas appris à tracer des lettres; il ne peut signer quand une cause physique, maladie ou faiblesse, l'empêche de signer, bien qu'il le sache. Dans ce dernier cas, la loi veut de plus que le notaire mentionne la cause qui empêche le testateur de signer. S'il sait signer, il doit le faire, puisque la signature est une formalité substantielle du testament. Si le testateur déclare qu'il ne peut signer, cette seule déclaration est insuffisante, parce qu'on

(1) Limoges, 4 décembre 1821 (Dalloz, n° 3075, 2°). Aubry et Rau, t. V, p. 519, note 73. Demolombe, t. XXI, p. 312, n° 310.

(2) Bruxelles, 19 octobre 1816 (*Pasicrisie*, 1816, p. 207, et Dalloz, n° 3081, 1°).

(3) Caen, 11 décembre 1822, et Rejet, chambre civile, 25 août 1825 (Dalloz, n° 3081, 2°).

ignore si elle est vraie; pour s'assurer qu'elle est sérieuse, il faut que la cause qui empêche le testateur de signer soit mentionnée dans l'acte. Est-ce le testateur qui doit déclarer la cause pour laquelle il ne peut signer, ou suffit-il que le notaire la constate? En principe, il faudrait décider que la déclaration de la cause doit émaner du testateur, car lui seul peut la connaître, et, de plus, il faut que l'on sache par lui-même que ce n'est pas un prétexte. Telle est aussi l'opinion générale (1). Si la cause était déclarée par le notaire, y aurait-il nullité? Nous ne voyons pas sur quel texte on la fonderait, et il n'y a point de nullité sans texte. L'article 973 dit seulement qu'il sera fait mention de la cause qui empêche le testateur de signer, il ne dit pas que le testateur doit déclarer cette cause; exiger que le testateur fasse la déclaration, ce serait ajouter à la loi et créer une nullité que le code ne prononce pas (2).

365. L'article 972 dit que le notaire doit faire mention expresse de la déclaration du testateur de ne savoir ou ne pouvoir signer, ainsi que de la cause qui l'empêche de signer. Cette mention donne lieu à de nombreuses difficultés. Quand le testateur déclare qu'il ne sait pas signer, il suffit que le notaire mentionne cette déclaration, elle tiendra lieu de signature. Il n'est pas nécessaire, dans ce cas, d'ajouter la cause qui empêche le testateur de signer. La cause qui l'empêche, c'est qu'il ne le sait pas, c'est-à-dire qu'il n'a pas appris à tracer des lettres, ou qu'il a oublié ce qu'il avait appris. On a cependant demandé la nullité d'un testament où il était dit que, sur l'interpellation faite par le notaire à la testatrice si elle savait signer, elle avait déclaré qu'elle ne l'avait su. C'est abuser du droit de plaider : dire qu'on ne signe pas parce qu'on ne l'a su, n'est-ce pas dire que c'est parce qu'on est illettré et ignorant de l'art d'écrire? C'est donc, dit la cour

(1) Voyez les autorités citées par Dalloz, n° 3083.

(2) Coin-Delisle, p. 386, n° 9, de l'article 973. Marcadé, t. IV, p. 23, art. 973, n° II.—La cour de Poitiers dit dans un considérant qu'il ne résulte pas de l'article 973 que le testateur lui-même doit déclarer la cause qui l'empêche de signer. Arrêt du 28 août 1834 (Dalloz, n° 3081, 3°).

de Bruxelles, énoncer tout ensemble l'empêchement et la cause (1).

366. La mention de ne pas savoir écrire suffit-elle? La question est controversée. Il nous semble que les interprètes n'ont pas tenu compte d'un fait qui est décisif. La déclaration doit émaner de celui qui teste; c'est le testateur qui dit qu'il ne sait pas écrire, et le notaire constate cette déclaration. Il faut donc voir ce que la déclaration signifie dans la bouche du testateur; or, il est certain que, dans le langage usuel, *ne pas savoir écrire* signifie ne pas savoir tracer de lettres, être illettré, soit que l'on n'ait jamais été à l'école, soit que l'on ait oublié ce que l'on y a appris. Il en est surtout ainsi dans les provinces où le français n'est pas la langue maternelle; on n'y distingue pas entre ces deux expressions, ne pas savoir écrire et ne pas savoir signer. Cela est si vrai que le législateur belge, dans l'édit perpétuel de 1611 (art. 12), emploie l'expression *ne pas savoir écrire* pour marquer que le testateur ne sait pas *signer*. Faut-il s'étonner si les notaires ignorent la différence qui existe entre *savoir écrire* et *savoir signer?* Il y a des notaires qui demandent au testateur s'il sait *écrire,* voulant lui demander s'il sait *signer* (2). A plus forte raison les testateurs peuvent-ils ignorer ce que le législateur belge de 1611 ignorait, et ce que des officiers publics ignorent encore à la fin du dix-neuvième siècle.

On objecte qu'il y a bien des personnes qui savent signer et qui ne savent pas écrire; l'on en conclut que la déclaration de ne pas savoir écrire n'est pas équipollente à celle de ne pas savoir signer; d'où la conséquence qu'une pareille déclaration est insuffisante et, par suite, que le testament est nul (3). Cela serait parfaitement raisonné si la loi s'adressait à des académiciens ou à des jurisconsultes; elle s'adresse à des testateurs ignorants, tellement

(1) Bruxelles, 27 février 1832 (*Pasicrisie,* 1832, p. 50) et 3 janvier 1812 (Dalloz, n° 3041).

(2) Bruxelles, 6 octobre 1815 (*Pasicrisie,* 1815, p. 463).

(3) Duranton, t. IX, p. 129, n° 95; Grenier, t. II, p. 417, n° 242; Aubry et Rau, t. V, p. 518, et note 68.

ignorants qu'ils ne possèdent pas même les premiers éléments de l'écriture; et l'on veut qu'ils connaissent la différence qui existe entre ne pas savoir *écrire* et ne pas savoir *signer!* Pour le coup, ce serait le cas de dire que les formalités deviennent un piége pour le testateur, alors qu'elles sont destinées à garantir la libre expression de ses volontés. Dira-t-on que la loi n'a pas à s'inquiéter de l'ignorance des notaires et des testateurs, qu'elle exige la déclaration de ne savoir *signer* et que celle de ne savoir *écrire* n'est pas équipollente? Merlin répond que les mots dont les notaires et les parties se servent doivent être entendus dans le sens qu'ils peuvent avoir quand il s'agit d'un testament authentique (3); c'est l'application d'un vieil adage d'après lequel il faut interpréter les mots *pro subjecta materia*. Eh bien, s'agit-il pour le testateur d'écrire le testament par acte public? Non, il le signe; c'est la seule écriture qu'il y fasse. Lors donc qu'il déclare qu'il ne sait pas écrire, il entend dire nécessairement qu'il ne sait pas signer. Sans doute, il peut arriver qu'un testateur dise, à dessein, qu'il ne sait pas écrire, alors qu'il sait signer; ce serait une déclaration faite en fraude de la loi, ou, si l'on veut, une déclaration mensongère; or, une fausse déclaration n'est pas une déclaration; d'où suit que le testament serait sans signature, et partant qu'il serait nul. Mais de ce qu'il y a un testateur sur mille qui fait une fausse déclaration, dans le but d'annuler son testament, déclarera-t-on nuls les testaments de tous ceux qui de bonne foi, par ignorance de la langue, ont déclaré ne savoir écrire, voulant dire qu'ils ne savent pas signer? La fraude est l'exception, et on est toujours admis à la prouver; cela suffit pour sauvegarder les intérêts des héritiers légitimes. A côté du droit des héritiers, il y a le droit du testateur, qui doit aussi être garanti; or, ce serait le sacrifier que d'annuler un testament pour déclaration insuffisante, alors que, dans la pensée du testateur, la déclaration est identique avec celle que la loi prescrit.

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Signature*, § III, art. II, n° II (t. XXXI, p. 183). Comparez Toullier, t. III, 1, p. 255-257, n° 438; Coin-Delisle, p. 386, n° 7 de l'article 973; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, p. 418, note *b*.

Les tribunaux, plus sages que les auteurs, se sont prononcés pour la validité de la déclaration portant que le testateur ne sait pas écrire. Un arrêt de la cour de La Haye dit très-bien que l'expression de *ne savoir écrire* signifie, dans le langage ordinaire, que l'on n'est pas versé dans l'art d'écrire et que l'on n'a pas la faculté intellectuelle d'y recourir ; il était établi, dans l'espèce, que le testateur ne savait pas tracer des caractères d'écriture. La déclaration par lui faite de ne savoir écrire signifiait donc qu'il ne connaissait pas l'art d'écrire (1). Même décision de la cour de Colmar. Celle-ci a été déférée à la cour de cassation. La cour l'a confirmée, en y ajoutant une espèce de restriction : la formalité de l'article 973 était remplie, dit la cour, *tant* par la déclaration de la testatrice de ne savoir écrire, *que* par l'apposition de sa marque qui suit immédiatement la mention de la déclaration et qui indique qu'elle n'avait d'autre moyen de signer (2). Est-ce à dire que la déclaration de ne savoir écrire soit insuffisante par elle-même et qu'il faille une énonciation quelconque qui en précise la signification? C'est l'avis de M. Demolombe (3). L'arrêt de la cour de cassation ne dit pas cela; la déclaration de ne pas savoir écrire est claire par elle-même et équipollente là où l'usage la confond avec celle de ne savoir signer; elle n'a donc pas besoin d'une explication.

367. Ces principes s'appliquent au cas où le notaire fait une interpellation au testateur. Il n'y a aucun doute lorsque le notaire demande au testateur s'il sait *écrire* et que le testateur répond qu'il ne le sait. L'interpellation prouve que le notaire partage l'ignorance générale; mais l'interpellation est tout aussi significative que la réponse. Quand le notaire interpelle-t-il le testateur de signer? Après avoir mentionné les différentes formalités de la dictée, de l'écriture et de la lecture du testament. Il ne reste plus d'autre formalité à remplir que celle de la signature; lors donc que le notaire demande au

(1) La Haye, 30 mai 1821 (*Pasicrisie*, 1821, p. 389).
(2) Rejet, 11 juillet 1816 (Dalloz, n° 3045). Il y a un arrêt en sens contraire de Douai, 9 novembre 1809 (Dalloz, n° 3046).
(3) Demolombe, t. XXI, p. 316, n° 319.

testateur s'il sait *écrire*, il lui demande s'il sait signer, car la signature est tout ce que le testateur doit écrire. Et si le testateur répond qu'il ne sait *écrire*, il entend certes dire qu'il ne sait pas écrire ce qu'il est appelé à écrire, c'est-à-dire signer. C'est ce qu'a jugé la cour de Bruxelles (1).

Il en serait de même si le notaire demandait au testateur s'il sait *signer* et si le testateur répondait qu'il ne sait *écrire* (2). La réponse doit être entendue dans le sens de l'interpellation; si le testateur s'est servi du mot *écrire*, au lieu du mot *signer*, c'est qu'il s'est conformé au langage usuel, le seul qu'il connaisse. Dira-t-on que le testateur a voulu éluder la vérité, en faisant une réponse ambiguë? C'est au demandeur à en faire la preuve; mais jusqu'à preuve contraire, on admettra que la déclaration est l'expression de la vérité, puisqu'il s'est servi de l'expression que tout le monde emploie pour dire qu'on est illettré.

Un arrêt de la cour de Trèves fait connaître à l'évidence que telle est l'intention des testateurs. Le notaire demande à celui qui teste de signer, le testateur répond qu'il ne le peut pas, ne sachant pas écrire (3). Voilà ce que les testateurs entendent dire quand ils répondent simplement qu'ils ne savent pas écrire; ils n'ont jamais appris à écrire; c'est la raison pour laquelle ils sont dans l'impossibilité de signer. Nous disons que cela est évident; en effet, les langues germaniques n'ont pas de verbe simple pour rendre le mot *signer*, elles disent *écrire son nom sous l'acte*; de sorte que le testateur et le notaire allemands, qui se servent de l'expression *ne pas savoir écrire*, entendent par là ne pas savoir écrire son nom au bas du testament, c'est-à-dire ne pas savoir signer. C'est la cour de Trèves qui a fait cette remarque, et elle est décisive (4).

368. Dans les pays flamands, le mot *savoir* est généralement employé comme synonyme du mot *pouvoir*; c'est

(1) Bruxelles, 9 décembre 1815 (*Pasicrisie*, 1815, p. 543, et Dalloz, nº 3044).
(2) Bruxelles, 13 mars 1810 (Dalloz, nº 3045).
(3) Trèves, 18 novembre 1812 (Dalloz, nº 3057, 2º).
(4) Trèves, 18 août 1813 (Dalloz, nº 3048).

une faute, mais tout le monde la commet. Il s'ensuit que l'expression *ne savoir écrire* signifie parfois ne *pouvoir* écrire. Le testateur qui déclare « ne pas savoir écrire à cause d'une faiblesse à la main, » ne veut pas dire qu'il est illettré; s'il l'était, il ne parlerait pas d'une faiblesse qui l'empêche accidentellement de signer, il dirait simplement qu'il ne sait pas écrire. Cet idiotisme donne lieu à une nouvelle difficulté. Si le testateur dit qu'il ne sait pas écrire et qu'il entende par là qu'une cause physique l'en empêche, il faut qu'il déclare quelle est cette cause, ou du moins le notaire en doit faire mention, sous peine de nullité. Prise en ce sens, la locution vicieuse de ne pas savoir écrire ou signer est insuffisante, et par suite elle annulerait le testament. Dans l'exemple que nous venons de donner et qui est emprunté à un arrêt de la cour de Bruxelles, la cause qui empêchait le testateur de signer était indiquée, puisqu'il avait déclaré ne savoir écrire à cause d'une faiblesse à la main; c'était cet obstacle physique qui l'empêchait d'écrire son nom. Il était donc satisfait à la prescription de l'article 973 (1). Il en est de même de la déclaration faite par le testateur qu'il ne *savait* plus *écrire*, à cause de sa maladie et de l'apoplexie dont il avait été attaqué. Le mot *savoir* voulait dire pouvoir, car l'apoplexie n'a rien de commun avec le *savoir*, elle ne concerne que le *pouvoir*. Donc la déclaration satisfait à l'article 973; le testateur déclarait qu'il ne pouvait signer et il indiquait la cause pour laquelle il ne pouvait le faire (2). Il en est de même dans les provinces allemandes; la cour de Colmar a validé une déclaration portant que le testateur ne *savait écrire* à cause de sa vue faible; on attaqua le testament parce que le testateur ne s'était pas servi du mot *signer*; la cour a raison de dire que ce reproche était futile (3).

369. Quand le testament est rédigé en flamand, il se présente une nouvelle difficulté. Le testateur déclare *dat hij niet kan schrijven of teekenen*. Cette expression a

(1) Bruxelles, 3 décembre 1818 (*Pasicrisie*, 1818, p. 232).
(2) Bruxelles, 6 octobre 1815 (*Pasicrisie*, 1815, p. 463).
(3) Colmar, 1er février 1812 (Dalloz, n° 3049, 3°).

un double sens. Signifie-t-elle que le testateur ne *sait* écrire ni signer? alors elle est suffisante, en supposant que la déclaration soit vraie. Signifie-t-elle que le testateur ne *peut* pas signer? alors elle est insuffisante, si la cause pour laquelle il ne peut signer n'est pas indiquée. Une expression douteuse remplit-elle le vœu de l'article 973? Le motif de douter est dans la langue, et le législateur français ne peut pas imposer le langage du code civil aux langues étrangères. Il faut donc considérer les circonstances. Si le testateur n'a jamais appris à écrire, sa déclaration constate l'impossibilité intellectuelle, et par suite la cause ne doit pas être indiquée; s'il a appris à signer, il faut que la cause qui l'en empêche soit déclarée, à peine de nullité (1).

Il a été jugé par le tribunal de Bruxelles que l'expression *niet te konnen teekenen* signifie ne pas *savoir* signer. Cela est incontestable; mais elle signifie aussi ne pas *pouvoir* signer. Reste à savoir dans quel sens le testateur l'a employée. C'est à celui qui demande la nullité du testament, en se fondant sur la nullité de la déclaration, à prouver le fondement de sa demande. Dans le doute, faut-il décider, comme l'a jugé le tribunal de Bruxelles, que le juge doit se prononcer pour le sens qui donne quelque effet à l'acte (2)? Nous avons écarté l'article 1157 en matière de formalités testamentaires; il s'agit, non d'interpréter l'acte, mais de savoir s'il existe. Il vaut donc mieux s'en tenir aux principes généraux qui régissent les formalités et la preuve.

370. L'article 973 veut que le notaire fasse mention *expresse* de la déclaration du testateur. C'est l'application à la déclaration de ne pas savoir ou ne pouvoir signer du principe que l'article 972 établit pour les formalités de la dictée, de l'écriture et de la lecture. Il faut donc interpréter les mots *mention expresse*, dans l'article 973, comme nous l'avons fait dans l'article 972, c'est-à-dire admettre les équipollents (3). Le principe n'est pas

(1) Comparez La Haye, 26 novembre 1828 (*Pasicrisie*, 1828, p. 342).
(2) Jugement du 6 décembre 1871 (*Pasicrisie*, 1872, 3, 192).
(3) Aubry et Rau, t. V, p. 520 et note 74.

contesté, mais tout dépend de l'application : quand la mention est-elle équipollente? quand ne l'est-elle point? La sévérité et l'indulgence sont en conflit lorsqu'il s'agit de la formalité de l'article 973, comme lorsqu'il s'agit des formalités de l'article 972 (1). Il n'y a aucune raison juridique pour établir une différence ; nous maintenons donc le principe tel que nous l'avons formulé (nos 324, suiv.).

Le notaire interpelle le testateur de signer; il constate ensuite que le testateur a déclaré faire une marque pour ne savoir écrire ni signer. Cette mention est-elle suffisante? La cour de Colmar s'est prononcée pour la validité, et Merlin, le plus sévère des interprètes en cette matière, approuve la décision. Sur cela on lui a fait le reproche d'inconséquence. Nous croyons que la décision est juste et que Merlin a été très-conséquent. La mention litigieuse implique-t-elle que le testateur a déclaré ne savoir signer? Remarquons d'abord, avec la cour de Colmar, que c'est sur l'interpellation du notaire de signer que le testateur met une marque, ce qui prouve déjà qu'il ne savait pas signer, car le testateur interpellé de signer n'aurait certes pas mis une marque s'il avait su signer. Le notaire ne se contente pas de mentionner que le testateur a fait une marque pour ne savoir signer. C'eût été une déclaration insuffisante, parce qu'elle émanait de l'officier public, alors que la loi veut qu'elle émane du testateur. Mais l'acte porte que le testateur a déclaré mettre une marque pour ne savoir signer. C'est dire, en d'autres mots, que le testateur a déclaré ne pas savoir signer. L'équipollence est parfaite (2).

Il est dit dans le testament que le testateur a déclaré ne savoir ni lire ni écrire. La mention a été jugée suffisante par la cour de cassation; elle exprime énergiquement que le testateur est illettré, et qu'il ne signe pas parce qu'il est illettré, c'est-à-dire qu'il ne possède pas les principes les plus élémentaires de l'écriture ni de la lec-

(1) Vazeille, t. II, p. 453, art. 973, n° 8. Dalloz, n° 3076, p. 893.

(2) Colmar, 13 novembre 1813 (Dalloz, n° 3076). Dans le même sens, Toulouse, 27 avril 1813 et 29 juin 1821 (Dalloz, n° 3077).

ture. C'est une mention parfaitement équipollente à celle de ne savoir signer (1).

371. Quand le testateur déclare qu'il ne peut signer, la mention doit indiquer la cause pour laquelle il ne peut signer. Si la cause n'est pas mentionnée, le testament est nul. Cela n'est pas douteux, puisque le texte de la loi le dit (art. 973 et 1001). Toutefois les procès ne manquent point sur cette mention comme sur toutes celles que la loi prescrit, et toujours par suite de l'ignorance ou de l'inattention des officiers publics : l'irrégularité des actes est un appât pour l'esprit de chicane et pour les mauvaises passions qu'excitent les espérances déçues chez les héritiers naturels.

Il y a des cas où, en apparence, la cause manque, mais où il n'y a pas lieu de l'indiquer. La rédaction peut être incorrecte, mal conçue; cela suffit pour que les héritiers demandent la nullité du testament; mais, dit la cour de cassation, quand la raison naturelle résiste à ce qu'on trouve dans l'ensemble de ce qui a été dit et écrit correctement autre chose que cette mention, il faut bien admettre que le vœu de la loi est rempli et qu'il y a mention expresse (2).

La mention porte que le testateur a déclaré qu'il ne *savait pas bien* et ne *pouvait* signer. Demande en nullité fondée sur ce que la cause pour laquelle le testateur n'a pas pu signer n'est pas indiquée. Il a été jugé que la cause était exprimée, c'est l'ignorance du testateur, puisqu'il dit qu'il ne *savait pas bien* signer (3). Pour mieux dire, il n'y avait pas lieu d'indiquer la cause; en effet, quand le testateur déclare ne savoir signer, cette déclaration suffit (n° 365); or, dans l'espèce, le testateur avait dit qu'il ne savait pas bien signer. Il y avait donc mention expresse et complète, aux termes mêmes de l'article 973.

La mention de la cause peut-elle être séparée de la mention portant que le testateur n'a pu signer? Cela est

(1) Cassation, 23 décembre 1861 (Dalloz, 1862, 1, 31).
(2) Rejet, 20 décembre 1830 (Dalloz, n° 2969). Comparez Poitiers, 28 août 1834 (Dalloz, n° 3081, 3°).
(3) Rejet, 4 juin 1855 (Dalloz, 1855, 1, 386).

certes irrégulier et peu rationnel ; mais on demande si la mention est nulle. Il est dit dans le testament que la testatrice, bien qu'habituée à signer, ne le pouvait plus faire depuis quelques années. On devine déjà la cause : l'âge, les infirmités de la vieillesse. La cause se trouvait indiquée au commencement de l'acte où l'officier public déclarait que la testatrice était saine de facultés intellectuelles, bien que souffrant de quelques infirmités corporelles. Cette déclaration, combinée avec celle de la testatrice, exprimait la cause pour laquelle elle n'avait pu signer (1).

372. La déclaration faite en flamand, *niet te kunnen teekenen*, est ambiguë (n° 369). Quand il est constant que le testateur qui a fait cette déclaration savait signer, la déclaration ne peut signifier autre chose sinon que, par une cause physique, il a été empêché de signer. Si cette cause n'est pas mentionnée, la mention est incomplète, et par suite le testament est nul (2).

Le testateur essaye de signer ; il écrit son prénom, mais il ne parvient pas à signer son nom : est-ce le cas d'appliquer l'article 973? c'est-à-dire faut-il une déclaration émanée du testateur, et portant qu'il ne peut pas signer, et la cause pour laquelle il ne le peut pas? La cour de Toulouse a décidé la question affirmativement, et avec raison. Il n'y avait pas de signature, car le prénom et quelques caractères que le testateur n'a pu achever ne forment pas une signature, donc il fallait une déclaration qui tînt lieu de la signature; cette déclaration doit émaner du testateur, et il faut de plus mention de la cause qui l'a empêché de signer. Vainement dirait-on que les faits constatés par le notaire prouvaient à l'évidence que si le testateur n'avait pas signé, c'est que sa faiblesse l'en avait empêché. Il n'y a point d'évidence qui tienne lieu de l'accomplissement d'une formalité substantielle (3). La décision serait différente, comme nous l'avons dit plus haut, si le testateur avait réellement signé, quoique sa signature fût illisible (n° 359).

(1) Rejet, 10 décembre 1861 (Dalloz, 1862, 1, 38).
(2) La Haye, 20 octobre 1824 (*Pasicrisie*, 1824, p. 201, et Dalloz, n° 30[illegible]0).
(3) Toulouse, 5 avril 1821 (Dalloz, n° 3084, 1°).

373. On a essayé d'autres voies pour obtenir la nullité de la déclaration prescrite par l'article 973. D'abord on a prétendu qu'elle devait se faire en présence des témoins. Sans doute, les témoins doivent être présents à toutes les opérations qui constituent la réception du testament; mais l'article 971, qui exige leur présence, ne prescrit pas la mention expresse de cette présence à chaque opération. Il suffit donc que l'acte constate leur présence dans le préambule et à la clôture (1).

On a prétendu aussi que lecture devait être donnée de la déclaration du testateur de ne savoir ou ne pouvoir signer, ce qui entraînait la nécessité d'une nouvelle mention. Nous avons examiné la question et nous l'avons décidée négativement avec la jurisprudence (n° 347) (2).

Enfin l'on a soutenu que la déclaration de ne savoir ou ne pouvoir signer tenant lieu de signature, il fallait appliquer l'article 14 de la loi de ventôse, aux termes duquel la mention des signatures doit se faire à la fin de l'acte. Nous répondons qu'il n'y a pas de nullité sans texte. Or, l'article 14 de la loi de ventôse n'est pas applicable, car il ne parle que des signatures, il ne prescrit pas la déclaration de ne pas savoir ou ne pouvoir écrire. Il faut donc l'écarter du débat. Reste l'article 973 qui ne dit rien de la place à laquelle on doit mentionner la déclaration qu'il prescrit. On objecte que la déclaration tient lieu de signature. Cela est vrai en ce sens qu'il faut ou la signature, ou la déclaration de ne pas savoir ou pouvoir signer, à peine de nullité du testament; mais cela ne prouve pas que la déclaration doive se trouver à la même place que la mention des signatures (3).

374. Il reste une dernière question qui a donné lieu à de nombreux procès. Le testateur déclare qu'il ne sait signer; le notaire en fait mention expresse. C'est une

(1) Liége, 1er juillet 1856 (*Pasicrisie*, 1857, 2, 188), et Rejet, 22 janvier 1858 (*Pasicrisie*, 1858, 1, 53). Voyez la jurisprudence française dans Dalloz, nos 3120-3122. Comparez, plus haut, nos 301 et 302.

(2) Comparez Bruxelles, 7 juillet 1820 (*Pasicrisie*, 1820, p. 185); Aubry et Rau, t. V, p. 518, note 76.

(3) Merlin, *Répertoire*, au mot *Signature*, § III, art. II, n° XI (t. XXXI, p. 199).

fausse déclaration, disent les héritiers, car voici des actes que le défunt a signés. Donc il savait signer. Qu'en résulte-t-il? Une déclaration mensongère n'est pas une déclaration, donc le testament est sans signature. Peu importe quelle ait été l'intention du testateur en faisant cette déclaration mensongère. C'est une preuve évidente, dit la cour de Grenoble, que le testament n'est pas l'expression de la volonté du testateur. Il a voulu, dit la cour de Trèves, échapper par là à l'obsession de ceux qui l'entourent. En tout cas, dit la cour de Limoges, il ne peut pas dépendre du testateur de s'affranchir d'une formalité légale, celle de la signature, par la déclaration mensongère de ne pas savoir ou ne pouvoir écrire (1).

Cette doctrine nous paraît incontestable, si c'est avec intention que le testateur a déclaré ne savoir signer, alors qu'il savait signer. La loi est violée, car elle veut que le testateur signe, c'est une condition d'existence du testament. Mais la déclaration peut être conforme à la vérité, quand même le testateur aurait appris à écrire, quand même il aurait signé des actes, s'il a perdu l'habitude de signer en cessant d'écrire, s'il ne signait plus les actes qu'il passait ou les signait d'une croix (2). Faite dans des circonstances pareilles, la déclaration de ne pas savoir signer n'est point mensongère, dès lors elle doit tenir lieu de signature.

La difficulté se résout donc par une distinction; elle est très-bien établie dans un arrêt de la cour de cassation, et la doctrine est conforme. En général, dit la cour, il est vrai que déclarer qu'on ne sait pas signer, lorsqu'on le sait réellement, c'est déclarer, en d'autres termes, qu'on ne veut pas signer, c'est faire un acte avec l'intention et l'arrière-pensée frauduleuse de le rendre nul. Mais souvent une personne peu lettrée met son nom au bas de quelques actes, puis cesse d'écrire, et au moment où elle

(1) Grenoble, 25 juillet 1810; Trèves, 18 novembre 1812; Limoges, 26 novembre 1823 (Dalloz, n° 3057, 1° et 2°). Comparez Bruxelles, 22 mars 1817 (*Pasicrisie*, 1817, p. 353).

(2) Rejet, 8 messidor an XI (Dalloz, n° 3058, 1°). La Haye, 26 novembre 1828 (*Pasicrisie*, 1828, p. 342, et Dalloz, n° 3058, 2°).

teste, elle se considère, de très-bonne foi, comme ne sachant pas signer. Dans ce cas, le testament doit être maintenu, comme l'œuvre de la volonté du testateur librement et volontairement exprimée. La cour constate ensuite que, dans l'espèce, le testateur, simple cultivateur, ne sachant ni lire ni écrire, n'avait jamais apposé qu'une signature rustique sur quelques actes, que même dans certains cas il s'était abstenu de signer. L'arrêt ajoute que le testament avait été fait sans captation ni suggestion (1).

On voit que la question est une question de fait ; voilà pourquoi la cour de cassation a soin de constater les circonstances qui prouvent la bonne foi du testateur. En effet, quand l'héritier naturel a prouvé que le testateur a signé des actes, qu'il savait signer, il y a preuve, ou au moins présomption que la déclaration est mensongère. Mais le légataire sera admis à prouver que, malgré les apparences, la déclaration a été faite de bonne foi; c'est là le point essentiel (2). La jurisprudence des cours de France (3) et de Belgique (4) est en ce sens. En général, les arrêts ont soin de constater la bonne foi du testateur.

2. SIGNATURE DES TÉMOINS.

375. L'article 974 porte que le testament devra être signé par les témoins. Ils attestent par leur signature que les formalités substantielles, telles qu'elles ont été relatées dans l'acte, ont été observées. Si l'un des témoins refusait de signer, l'acte serait nul. Il a été jugé que les témoins doivent signer en présence du testateur ; cela résulte, dit la cour de cassation, des articles 971, 973 et 974. Le testament est reçu en présence des témoins ; donc tout ce qui constitue le testament doit se faire en présence

(1) Rejet, 5 mai 1831 (Dalloz, n° 3059) Comparez Aubry et Rau, t. V, p. 519, note 71 ; Dalloz, n° 3050 ; Demolombe, t. XXI, p. 309, n° 307, et les auteurs qu'ils citent.

(2) Rejet, 28 janvier 1840 (Dalloz, n° 3060, 2°).

(3) Montpellier, 27 juin 1834 ; Nîmes, 25 janvier 1825 ; Bordeaux, 22 juillet 1841 (Dalloz, n° 3060, 1°, 4°, 3°).

(4) Bruxelles, 27 mars 1844 (*Pasicrisie*, 1845, 2, 322) ; Gand, 14 février 1857 (*ibid* , 1857, 2, 423). Jugement du tribunal de Bruxelles du 6 décembre 1871 (*Pasicrisie*, 1872, 3 193).

du testateur, des témoins et du notaire. Dans l'espèce, le notaire et les témoins, après la dictée du testament, s'étaient retirés dans une autre chambre, où le notaire avait écrit le testament et les témoins l'avaient signé. C'était en temps de choléra. Le testament fut annulé; il devait l'être (1).

376. Le notaire doit-il faire mention de la signature des témoins? L'article 974 ne l'exige pas, et comme c'est une disposition spéciale concernant la signature des témoins, il faut décider, comme nous l'avons fait pour la signature du testateur (n° 360), que le code civil déroge à la loi de ventôse. L'opinion contraire est généralement suivie et consacrée par la jurisprudence (2). Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut.

377. « Néanmoins, dit l'article 974, dans les campagnes, il suffira qu'un des deux témoins signe, si le testament est reçu par deux notaires, et que deux des quatre témoins signent s'il est reçu par un notaire. » On devine la raison de cette exception, elle ne témoigne pas pour la civilisation du dix-neuvième siècle; il y a des provinces où elle est aussi nécessaire aujourd'hui qu'à l'époque où le code civil a été rédigé.

Qu'entend-on par le mot *campagnes?* Le code ne le dit pas; le Tribunat avait proposé une définition basée sur la population, afin de ne point laisser d'arbitraire sur la détermination des lieux où un moindre nombre de témoins signataires suffit (3). Cette proposition n'a pas été adoptée. Il en résulte que l'arbitraire règne en plein en cette matière. La cour de Douai a décidé que tout ce qui n'est pas ville doit être réputé campagnes; la cour de cassation n'a pas admis cette interprétation : il n'appartient pas au juge de définir et de limiter les exceptions, ce serait faire la loi (4). Puisqu'il n'y a point de définition légale, c'est aux tribunaux à juger, dans chaque espèce, si le testament a

(1) Rejet, 20 janvier 1840 (Dalloz, n° 2859, 3°).
(2) Bruxelles, 5 avril 1816 (*Pasicrisie*, 1816, p. 90); Liége, 9 juillet 1818 (*ibid.*, 1818, p. 144).
(3) Observations du Tribunat, n° 43 (Locré, t V, p. 296).
(4) Douai, 1er juin 1812 (Dalloz, n° 3108). Rejet, 10 juin 1817 (Dalloz, n° 3113, 3°).

été reçu à la campagne ou non. D'après quels éléments jugeront-ils? L'importance de la localité, le chiffre de la population et surtout la nature des occupations de ceux qui l'habitent serviront à résoudre la difficulté; il est difficile d'exercer le commerce et l'industrie sans savoir écrire; si donc la population est en partie industrielle et commerçante, on ne pourra se prévaloir de l'article 974 (1). Il a été jugé aussi que les tribunaux doivent voir s'il était possible de trouver facilement des témoins sachant signer (2). Il faut donc que les tribunaux s'enquièrent quel est le nombre d'habitants sachant lire dans la localité où le testament a été reçu, et si dans ce nombre il était facile de réunir quatre témoins qui sachent signer. On doit en déduire, dit un arrêt, le curé et son vicaire, le juge de paix et son greffier, les maire et adjoints, les gendarmes, le receveur de l'enregistrement, le percepteur, parce que ces personnes, à raison des devoirs qu'elles ont à remplir, ne peuvent être à la disposition habituelle du notaire. Il faut encore tenir compte des parents et alliés qui ne peuvent pas être témoins (3). C'est d'après ce calcul de probabilités que le juge prononcera. Combien faut-il d'habitants sachant signer et capables d'être témoins pour que l'on ne puisse pas invoquer le bénéfice de l'exception? Tout dépend de l'appréciation des juges du fait, et elle est souveraine. Un testament a été annulé parce que dans la commune où il avait été reçu il se trouvait au moins quarante personnes sachant signer (4).

378. L'article 974 dit que dans les campagnes il suffit que la moitié des témoins signent. Cela suppose que les autres ne savent pas signer, car c'est sur cette considération que l'exception est fondée. S'ils savent signer, ils doivent le faire. Cette observation a été faite par le Tribunat; il dit que telle a toujours été la règle et qu'elle est fondée en raison. Mais l'application soulève une nouvelle difficulté. Le testament est signé par trois témoins; le

(1) Bordeaux, 20 décembre 1871 (Dalloz, 1872, 2, 192).
(2) Lyon, 29 novembre 1828 (Dalloz, n° 3114, 2°). Comparez Duranton, t. IX, p. 134, n° 102 et tous les auteurs.
(3) Poitiers, 19 février 1823; Angers, 17 juin 1841 (Dalloz, n° 3113, 4° et 10°).
(4) Riom, 2 juin 1817 (Dalloz, n° 3114, 1°).

quatrième a déclaré ne savoir signer, et il se trouve qu'il savait signer. Le testament sera-t-il nul? La cour de Bruxelles s'est prononcée pour la validité du testament. Cette décision paraît contraire à la règle formulée par le Tribunat. Mais, quoique rationnelle, la loi ne l'a pas consacrée. L'article 974 se contente de la signature de la moitié des témoins; donc dès que la moitié signe, le testament est valable. La cour de Bruxelles dit, et non sans raison, qu'il y aurait un rigorisme aveugle à exiger que tous les témoins signent, alors qu'il y en a qui déclarent ne pas savoir signer : ce serait obliger le notaire à faire une enquête sur les témoins qui ne signent pas; il en résulterait que l'exception introduite en faveur des campagnes deviendrait un danger (1).

379. L'article 974 a été rédigé avec une singulière négligence. Il n'exige pas que les témoins déclarent qu'ils ne savent pas signer; il n'exige pas même que le notaire fasse mention de la cause qui les empêche de signer. L'ordonnance de 1735 prescrivait la déclaration et la mention; le Tribunat avait fait une proposition en ce sens. Le conseil d'Etat n'en tint aucun compte. Est-ce oubli? Il faut le supposer, car il n'y avait aucune bonne raison pour s'écarter de la tradition. Toujours est-il que, dans le silence de la loi, on peut bien conseiller aux notaires d'interpeller les témoins et de faire mention de leurs déclarations, mais on ne peut pas déclarer nul le testament qui ne contiendrait ni déclaration ni mention; les nullités ne se créent pas par voie de raisonnement (2).

3. SIGNATURE DU NOTAIRE.

380. Le code ne dit pas que le notaire doit signer le testament. On doit appliquer aux testaments ce que la loi du 25 ventôse an XI dit de tous les actes notariés; d'après l'article 14, ils doivent être signés par les parties, les témoins et les notaires, qui doivent en faire mention à la

(1) Bruxelles, 3 février 1849 (*Pasicrisie*, 1849, 2, 374).
(2) Coin-Delisle, p. 388, n° 7 de l'article 974. Demolombe, t. XXI, p. 322, n° 324. Comparez Dalloz, n°s 3054 et 3055; Aubry et Rau, t. V, p. 521, note 79.

fin de l'acte. Il n'y a pas d'acte sans la signature de l'officier public qui le reçoit; c'est sa signature qui lui imprime l'authenticité. L'article 14 exige de plus que le notaire fasse mention de sa signature. Mais un avis du conseil d'Etat, approuvé par l'empereur le 20 juin 1810, a décidé la question en sens contraire, et l'on sait que les avis approuvés, de même que tous les décrets impériaux, ont force de loi. Le conseil d'Etat invoque la tradition. A peine la loi de ventôse avait-elle paru, qu'on l'interpréta en ce sens; l'arrêté du 15 prairial an XI, qui donne des formules pour la rédaction des actes et rappelle les mentions nécessaires, n'y comprend pas celle de la signature des notaires. Cette mention n'a réellement pas de raison d'être. On conçoit la nécessité d'une mention quand il s'agit des signatures du testateur et des témoins, parce qu'elles n'ont aucun caractère public; mais à quoi bon mentionner la signature du notaire, qui est publique, puisqu'elle est déposée au greffe du tribunal? Il ne faut pas multiplier les causes d'annulation, alors que les mentions ne présentent aucune utilité (1).

N° 4. DE LA FORCE PROBANTE DU TESTAMENT PAR ACTE PUBLIC.

381. Le testament par acte public est un acte authentique; il fait donc la même foi que les actes authentiques en général. Quelle est cette foi? L'article 1319 dit que l'acte authentique fait pleine foi, ce qui semble dire qu'il fait toujours foi jusqu'à inscription de faux. Nous dirons, au titre des *Obligations*, que cela est trop absolu. Il y a des cas où l'acte authentique fait foi jusqu'à inscription de faux; il y en a d'autres où il ne le fait que jusqu'à preuve contraire; il peut même y avoir dans un acte authentique des énonciations qui ne font aucune foi. Ce n'est pas ici le lieu d'établir ces principes; nous nous bornons à les constater pour en faire l'application aux testaments. L'officier public qui reçoit un acte remplit un ministère dans l'intérêt des parties et de la société tout entière. Il imprime

(1) Le texte de l'avis est rapporté par Toullier, t. III, 1, p. 252, n° 434.

l'authenticité aux faits ou aux déclarations qu'il constate, s'il a mission de les constater. Quelle est l'étendue de cette force probante? On distingue. Il y a d'abord des faits que l'officier public est tenu d'accomplir, et par suite il en doit faire mention; ces mentions font foi jusqu'à inscription de faux, car le notaire commet un faux lorsqu'il constate comme vrai un fait qu'il est chargé d'accomplir et que ce fait n'est pas exact ou n'a pas été accompli tel que le notaire l'a mentionné. L'officier public reçoit ensuite les déclarations ou dispositions des parties. Telle est sa mission essentielle; c'est pour donner l'authenticité aux actes que les parties doivent ou veulent faire dans la forme authentique, qu'elles s'adressent à lui. La mention que telles déclarations ont été faites au notaire pour qu'il en dresse acte est prouvée jusqu'à inscription de faux, car il commettrait un faux s'il écrivait autre chose que ce que les parties lui disent. Mais le notaire n'atteste pas la vérité des déclarations qu'il reçoit; ce n'est pas là sa mission, et il n'a aucun moyen de s'en assurer, il est donc sans qualité, ni capacité; par suite les faits matériels seuls sont prouvés jusqu'à inscription de faux, les faits moraux ne le sont que jusqu'à preuve contraire.

Qu'est-ce que l'inscription en faux et quels en sont les effets? Qu'est-ce que la preuve contraire? Nous renvoyons ces questions au titre des *Obligations*, qui est le siége de la matière.

I. *Quand le testament fait foi jusqu'à inscription de faux.*

382. Le testament authentique fait foi de sa date jusqu'à inscription de faux. Il y a sous ce rapport une différence capitale entre le testament olographe et le testament par acte public. Ceux-là mêmes qui admettent que le testament olographe fait foi de sa date reconnaissent qu'il n'en fait pas foi jusqu'à inscription de faux : le testateur ne commet pas de faux en antidatant ou en postdatant son testament (n°s 245-249). Tandis que le notaire a mission de donner date certaine aux actes qu'il reçoit, dans l'intérêt des parties et de la société; il ne lui est donc

pas permis d'antidater ni de postdater ses actes; s'il le fait, il commet un faux et, par suite, ceux qui attaquent la date comme n'étant pas véritable doivent s'inscrire en faux.

383. Le notaire doit remplir certaines formalités qui sont requises pour l'existence même du testament. Il doit écrire le testament sous la dictée du testateur et lui en donner lecture en présence des témoins; il doit faire mention expresse de la dictée, de l'écriture et de la lecture. Puis il doit faire mention de la déclaration du testateur de ne savoir ou de ne pouvoir signer. Dans l'opinion commune, il doit encore faire mention des signatures. C'est le notaire qui est obligé de remplir ces formalités et d'en faire mention. Donc l'acte fait foi jusqu'à inscription de faux de l'accomplissement des formalités telles qu'il les a mentionnées.

On a prétendu, dans les premiers temps qui suivirent la publication du code civil, que l'article 1319 ne parlant que des conventions, ne pouvait pas être appliqué aux testaments. Système insoutenable, puisqu'il en résulterait que le code ne contient aucune règle sur la force probante des actes authentiques. Les principes qui régissent la foi due aux actes authentiques dérivent de la nature même de ces actes; ils n'ont rien de commun avec les faits juridiques qu'ils relatent; quel que soit le fait que l'officier public constate, l'acte doit faire la même foi, car la foi qui lui est due est fondée sur le caractère de l'officier et sur la mission que la société lui confie. Le testament porte que la testatrice a dicté ses dispositions au notaire, les héritiers demandent à prouver qu'il n'y a pas eu de dictée; c'est accuser le notaire d'avoir commis un faux, donc les héritiers doivent s'inscrire en faux pour prouver que la déclaration du notaire est fausse (1). Cependant des cours d'appel s'y sont trompées. Dans un testament il était énoncé que la testatrice l'avait dicté et nommé de mot à mot au notaire. Les héritiers naturels offrent de prouver qu'à l'époque de son testament la testatrice avait la langue tellement épaissie, qu'elle ne pouvait plus par-

(1) Bruxelles, 14 juin 1806 (Dalloz, n° 2850, 1°).

ler ni articuler un seul mot. C'était accuser le notaire d'avoir fait une fausse déclaration en disant que la testatrice avait parlé en dictant ses dispositions de mot à mot; il fallait donc s'inscrire en faux. Néanmoins la cour de Poitiers admit les héritiers à la preuve contraire par témoins. Merlin déféra l'arrêt à la cour de cassation, dans l'intérêt de la loi. La cour de cassation jugea, conformément à ses conclusions, que le testament ne peut être attaqué dans les énonciations que le notaire y a écrites concernant la substance de l'acte que par l'inscription en faux (1).

L'acte mentionne que le notaire a écrit le testament; les héritiers demandent à prouver, par la vérification d'écriture, que le notaire ne l'a pas écrit. Il a été jugé qu'ils ne pouvaient faire cette preuve que par l'inscription en faux. Dans l'espèce, le légataire avait consenti à la vérification d'écriture. Ce consentement est inopérant; il n'appartient pas aux parties intéressées de déterminer la force probante des actes et le mode de preuve; c'est le juge qui ordonne la preuve à laquelle il admet le demandeur ou le défendeur, et il ne peut l'ordonner que conformément à la loi, car les preuves sont d'ordre public (2).

Il en est de même quand l'acte mentionne la lecture du testament faite au testateur en présence des témoins; si les héritiers naturels demandent à prouver que le testament n'a pas été lu, ou qu'il ne l'a pas été en présence des témoins, ils doivent s'inscrire en faux. Mais ils pourraient, sans s'inscrire en faux, prouver que le testateur n'a pu entendre la lecture parce qu'il était sourd, bien que le testateur ait déclaré qu'il a entendu et qu'il approuve l'acte. Dans le dernier cas, les héritiers n'attaquent pas la véracité du notaire, ils ne prétendent pas qu'il a fait une fausse énonciation; car le notaire n'affirme pas que le testateur a entendu la lecture, il mentionne seulement que cette lecture a été faite; quant à la déclaration du

(1) Cassation, 19 décembre 1810, et réquisitoire de Merlin, *Répertoire*, au mot *Testament*, sect. II, § III, art. II, n° 2 (t. XXXIII, p. 456). Comparez Grenoble, 3 août 1829 (Dalloz, n° 2850, 3°).

(2) Limoges, 13 décembre 1813 (Dalloz, au mot *Faux incident*, n° 51, 1°).

testateur d'avoir entendu la lecture, le notaire constate qu'elle a été faite, et ce fait matériel est prouvé jusqu'à inscription de faux; mais le notaire n'atteste pas, et il ne peut pas attester la vérité de la déclaration (1).

II. *Quand le testament ne fait foi que jusqu'à preuve contraire.*

384. L'acte mentionne la déclaration faite par le testateur de ne pas savoir signer. Quelle est la force probante de cette mention? Elle prouve jusqu'à inscription de faux que le testateur a fait la déclaration; car le notaire l'a reçue et constatée en qualité d'officier public et pour lui donner le caractère d'authenticité. Mais l'acte ne fait foi que jusqu'à preuve contraire de la vérité de la déclaration; les héritiers peuvent prouver, sans s'inscrire en faux, que le testateur savait signer. Ils sont admis à la preuve contraire. Quelle est cette preuve contraire? Toute espèce de preuve, d'après le droit commun, tel que nous l'exposerons au titre des *Obligations*. La nature des choses veut que la preuve que le testateur savait signer se fasse en produisant des actes qu'il a signés; mais elle peut aussi à la rigueur se faire par témoins, car c'est un fait matériel, et ces faits se prouvent toujours par témoins. Pourquoi les héritiers ne doivent-ils pas s'inscrire en faux? Parce qu'ils n'accusent pas le notaire d'avoir commis un faux. Le notaire n'a pas dit que le testateur ne savait pas signer; il n'a ni qualité, ni capacité à cet effet. Le notaire a dit que le testateur a déclaré ne savoir signer; le testateur peut avoir fait une déclaration mensongère; donc les héritiers doivent être admis à établir par toute preuve que le testateur savait signer. La jurisprudence est en ce sens (2).

Il en est autrement de la signature du testateur. Il doit signer en présence du notaire et des témoins. Le notaire atteste donc que le testateur a tracé en sa présence les caractères qui constituent sa signature. C'est un fait ma-

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 522, et note 84, § 670.

(2) Limoges, 26 novembre 1823 (Dalloz, n° 3057, 2°). Gand, 22 mars 1848 *Pasicrisie*, 1849, 2, 191) et Liége, 1er juillet 1856 (*ibid.*, 1857, 2, 188).

tériel qu'il a mission de constater. De là suit qu'il est prouvé jusqu'à inscription de faux que les caractères tracés par le testateur sont la signature qu'il a mise à l'acte (1). La raison de la différence entre les deux hypothèses est simple. Quand le testateur déclare ne savoir signer, sa déclaration implique un fait matériel et un fait moral; l'un peut être vrai, l'autre peut être faux; l'un est attesté par le notaire, l'autre n'est pas attesté par lui. Lorsque, au contraire, le testateur signe le testament, il n'y a qu'un fait matériel à constater, le notaire a qualité et capacité de le faire et d'imprimer à ce fait le caractère d'authenticité.

385. Les notaires ont l'habitude de constater dans le préambule des testaments qu'ils ont trouvé le testateur sain de corps et d'esprit, ou du moins sain d'esprit. Il est vrai qu'il faut être sain d'esprit pour être capable de tester; mais il n'appartient pas aux notaires de constater l'existence de cette condition; la loi ne leur donne pas cette mission. Quelle sera la force probante de la déclaration que font les notaires concernant l'intelligence du testateur? L'énonciation ne fait aucune preuve; ce n'est pas même un témoignage, car le notaire fait cette déclaration sans la garantie des formalités qui régissent l'audition des témoins en justice. On ne tient donc aucun compte de ce qu'a dit le notaire; le demandeur en nullité établira, par toute preuve légale, que le testateur n'était pas sain d'esprit. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord sur ce point (2).

386. Cependant il se peut que les héritiers qui attaquent le testament pour insanité d'esprit, ou pour un défaut corporel, doivent s'inscrire en faux contre l'acte; c'est quand leur prétention est contredite par une énonciation que le notaire a faite, en constatant l'accomplissement d'une formalité prescrite par la loi. Ces mentions

(1) Gand, 10 juillet 1851 (*Pasicrisie*, 1853, 2, 47).

(2) Rejet, 18 juin 1816 (Dalloz, n° 211), 27 février 1821 (Dalloz, n° 209); 1er décembre 1851 (Dalloz, 1851, 1, 327); Bourges, 26 février 1855 (Dalloz, 1855, 2, 295); Bruxelles, 19 février 1851 (*Pasicrisie*, 1852, 2, 229). Comparez Grenier, n° 103 (t. I, p. 492); Duranton, t. VIII, p. 175, n° 157, et tous les auteurs.

font foi jusqu'à inscription de faux (n° 383); donc il n'est pas permis de les contredire sans s'inscrire en faux. La cour de cassation a consacré ce principe dans une espèce où la question pouvait paraître douteuse. Il était dit dans l'acte que le testateur avait dicté ses dispositions et qu'après lecture faite il avait déclaré les bien comprendre et y persévérer. Les héritiers demandèrent à prouver qu'à l'époque où le testament avait été reçu, le testateur était dans un état d'imbécillité complète, sans intervalle lucide, qu'il était dans l'impossibilité de lier deux idées, qu'il pouvait à peine articuler des mots qui fussent entendus. Devaient-ils s'inscrire en faux pour faire cette preuve? La cour de cassation s'est prononcée pour l'affirmative. Pour dicter, il faut pouvoir articuler des mots de manière à se faire entendre; il faut aussi avoir une intelligence suffisante pour comprendre ce que l'on dit; ce que le notaire avait déclaré était donc en opposition directe avec ce que les héritiers prétendaient; dès lors la preuve qu'ils voulaient faire tendait à détruire la foi due à l'acte authentique, par suite ils devaient s'inscrire en faux. Nous ne parlons pas de la déclaration faite par le testateur d'avoir bien compris et de persévérer, car la loi ne demande pas cette déclaration; donc elle ne fait pas foi, en ce sens du moins qu'elle ne prouve pas que le testateur aurait réellement compris (1).

Il en est de même de la capacité physique du testateur; le notaire doit sans doute s'enquérir si le testateur est en état de tester, ce qui implique qu'il est en état de parler et d'entendre, puisqu'il doit dicter ses dispositions et entendre la lecture de ce que le notaire a écrit sous sa dictée. Mais le notaire n'a pas mission de constater l'état physique du testateur, pas plus que son état intellectuel et moral; les énonciations qu'il ferait à cet égard n'auraient donc aucune force probante. Si les héritiers attaquent le testament pour cause de surdité absolue, le peuvent-ils sans s'inscrire en faux? Ils doivent s'inscrire en faux si leur demande est en opposition avec des énon-

(1) Rejet, 1er décembre 1851 (Dalloz, 1851, 1, 327).

ciations que le notaire avait mission de faire. Telle est, dit la cour de Poitiers, la mention de la lecture du testament au testateur avec déclaration du testateur de persévérer. Cela ne nous paraît pas exact. Le notaire ne doit pas faire mention que le testateur a entendu et persévère, il se borne à déclarer qu'il a fait la lecture au testateur en présence des témoins, le reste regarde le testateur. Dans l'espèce l'acte constatait aussi que le notaire avait requis la testatrice de signer et que celle-ci avait répondu ne pas le savoir. Voilà un fait que le notaire doit mentionner, et une déclaration faite en réponse à une interpellation suppose que la testatrice avait entendu, ce qui était en opposition avec la surdité absolue dont la testatrice était affligée, au dire des héritiers. La conséquence est qu'ils devaient s'inscrire en faux (1).

387. Les notaires ont aussi l'habitude de déclarer dans leurs actes que les témoins possèdent les qualités requises par la loi; où ils interpellent les témoins, et ceux-ci répondent qu'ils ne sont frappés d'aucune incapacité. Quelle est la force probante de ces déclarations? La loi ne les exige pas; le notaire doit sans doute veiller à ce que les témoins soient capables, mais la loi ne lui prescrit pas de faire à ce sujet une énonciation quelconque dans l'acte; ce n'est pas lui qui est juge de la capacité des témoins, ce sont les tribunaux. Quant à la déclaration des témoins eux-mêmes, il va sans dire qu'elle ne fait pas foi de leur capacité. Donc ceux qui attaquent le testament peuvent prouver par toute voie légale que les témoins n'ont pas les qualités requises par la loi, ou qu'ils sont frappés d'une incapacité relative ou accidentelle (2).

Il ne faut pas confondre les qualités ou conditions de capacité requises pour être témoin avec l'obligation imposée au notaire d'indiquer la demeure des témoins dans l'acte (n° 262). Le notaire indique la demeure; on prétend que ce n'est pas la demeure véritable. Faut-il s'inscrire en faux contre l'acte pour faire cette preuve? La cour de

(1) Poitiers, 10 février 1857 (Dalloz, 1857, 2, 126).
(2) Aubry et Rau, t. V, p. 522 et note 83.

cassation a rendu sur ce point un arrêt assez équivoque en cassant un arrêt de la cour de Bordeaux qui avait annulé un testament parce que deux témoins ne demeuraient pas dans la commune où le testament avait été reçu, ainsi que l'acte le portait. Il est dit dans l'arrêt que la cour n'aurait pu faire disparaître l'énonciation contenue en l'acte qu'en la déclarant *fausse*. Est-ce à dire qu'il faudrait une inscription en faux? La cour de cassation ne dit pas cela. Elle ajoute que l'énonciation concernant la demeure des témoins fait foi en justice. Mais quelle foi? Elle ne saurait être détruite, dit l'arrêt, que par des documents certains, légaux, authentiques (1). Cela ne répond pas à la difficulté. Les actes authentiques font foi, ou jusqu'à inscription de faux, ou jusqu'à preuve contraire. Quelle foi fait la déclaration concernant la demeure? Telle est la question. Nous croyons qu'elle ne fait pas foi jusqu'à inscription de faux, car le notaire ne constate pas un fait qui se passe sous ses yeux, ni une formalité qu'il accomplit. La demeure est ou le domicile réel, de droit; le notaire n'a aucun moyen ni aucune qualité pour le déterminer. Ou la demeure est la résidence de fait; mais quelle résidence? la résidence passagère suffit-elle? On voit que l'énonciation de la demeure soulève des questions de droit, et on ne conçoit pas qu'un point de droit soit prouvé jusqu'à inscription de faux. Il faut donc décider que ceux qui attaquent le testament sont admis à prouver par toute preuve légale que tel témoin n'avait pas la demeure ou le domicile indiqués dans l'acte.

388. Quant aux faits matériels non constatés par le testament, on peut les établir, d'après le droit commun, par témoins. Ceux qui attaquent le testament demandent à prouver que les témoins et le notaire ont signé après la mort du testateur. Il a été jugé que le fait de la mort pouvait être établi par la preuve testimoniale. Cela n'est pas douteux quand l'acte ne porte pas que c'est du vivant du testateur que les signatures ont été apposées. L'arrêt de la cour de Gand implique que si l'acte déclarait que les

(1) Cassation, 3 juillet 1838 (Dalloz, n° 3142).

témoins et le notaire ont signé pendant la vie du testateur, il faudrait s'inscrire en faux contre cette énonciation (1). Cela nous paraît très-douteux. Le notaire n'a ni mission ni capacité de constater si, au moment de la signature, le testateur était encore en vie; sa déclaration n'est donc qu'un simple témoignage donné sans les formalités voulues par la loi : c'est dire qu'il n'a aucune force probante.

§ IV. *Du testament mystique.*

389. Le testament mystique ou secret est celui que le testateur qui sait lire écrit ou fait écrire par une autre personne, et présente ensuite, clos et cacheté, à un notaire en présence de six témoins; le notaire constate dans un acte de suscription la déclaration que fait le testateur que ses dernières volontés sont contenues dans l'écrit qu'il présente. Cette forme de testament, comme l'indique le nom qu'il porte, a été établie pour donner au testateur le moyen de tenir ses dernières volontés secrètes. Le testament olographe est aussi secret, plus secret même que le testament mystique; mais pour tester dans cette forme, il faut que le testateur sache et puisse écrire; tandis que le testament mystique peut être entièrement écrit par une main étrangère; il peut même n'être pas signé. D'un autre côté, le testament olographe peut s'égarer, être détruit, à moins qu'on ne le dépose chez un notaire; tandis que le testament mystique est conservé parmi les minutes du notaire. Il y a aussi une différence entre le testament olographe et le testament mystique quant à la force probante; mais sur ce point il y a controverse. Ce qui est certain, c'est que la date du testament mystique est authentique et qu'elle fait foi jusqu'à inscription de faux.

390. Le testament mystique est surchargé de formalités; le nombre de témoins est plus grand et tous doivent signer; il faut unité de contexte sous peine de nullité; il

(1) Gand, 5 avril 1833 (*Pasicrisie*, 1833, 2, 118).

faut que le testament soit clos et cacheté, toujours sous peine de nullité. Quelle est la raison de toutes ces formes qui multiplient les chances d'annulation (1)? Le testament pouvant être écrit tout entier d'une main étrangère, il fallait des garanties pour assurer que l'acte présenté par le testateur contient ses dernières volontés. C'est dans ce but que la loi exige une déclaration solennelle en présence de six témoins; il en faut un septième lorsque le testateur n'a pas signé le testament. Cette déclaration est reçue dans la forme authentique par le notaire qui en dresse acte. C'est dans le même but que le testament doit être clos et cacheté, afin qu'on ne puisse retirer le testament de l'enveloppe pour lui en substituer un autre. Il y a des formalités spéciales quand le testateur ne peut parler, mais qu'il peut écrire. De sorte qu'il faut distinguer trois espèces de testaments mystiques : le testament signé par le testateur, le testament qui n'est pas signé par le testateur, le testament écrit et signé par lui.

Nº 1. FORMALITÉS QUAND LE TESTATEUR SIGNE.

I. *Ecriture et signature.*

391. L'article 976 porte : « Lorsque le testateur voudra faire un testament mystique ou secret, il sera tenu de signer ses dispositions, soit qu'il les ait écrites lui-même ou qu'il les ait fait écrire par un autre. » Il n'y a qu'une formalité substantielle dans cette première hypothèse, c'est que le testateur signe le testament. On applique ce que nous avons dit de la signature du testament olographe (nos 221-228).

Quant au corps du testament, il peut être écrit, dit la loi, par le testateur, ou il peut le faire écrire par *un autre*. Donc par tout autre, car la loi n'y apporte aucune restriction, et elle ne fait aucune exception. Elle n'exige pas que le testateur fasse connaître le tiers qui a écrit le testament (2). C'est dire qu'il jouit à cet égard de la plus en-

(1) Jaubert, Rapport au Tribunat, nº 57 (Locré, t. V, p. 355).
(2) Rejet, 16 décembre 1834 (Dalloz, nº 3242).

tière liberté; c'est lui qui dicte, et c'est une main quelconque qui écrit. Le notaire peut l'écrire (1), et même un légataire (2). La loi ne contenant aucune prohibition, il faut dire qu'elle permet tout ce qu'elle ne défend pas.

392. Quand le testament est écrit par le testateur, faut-il qu'il soit écrit *en entier* de sa main, comme la loi le prescrit pour le testament olographe (art. 970)? Le texte ne l'exige pas, et la comparaison de l'article 976 avec l'article 979 prouve que le législateur n'a pas voulu prescrire cette formalité comme condition substantielle. Lorsque le testateur qui ne peut pas parler, mais qui peut écrire, veut faire un testament mystique, il doit l'écrire *entièrement* de sa main, dit l'article 979. Donc lorsque la loi veut que le testament mystique soit écrit en entier par le testateur, elle le dit. Elle ne le dit pas dans l'article 976, par conséquent rien n'empêche le testateur de dicter son testament et d'ajouter ensuite, de sa propre main, des dispositions qu'il tient à garder secrètes. Cela n'est pas douteux. Il se présente, en ce cas, une difficulté pour la déclaration que le testateur doit faire en présence du notaire et des témoins. S'il déclare que le testament est écrit en partie par lui, en partie par un autre, la déclaration est régulière et le testament est valable. Mais que faut-il décider si le testateur déclare que le testament est écrit par un autre, alors que lui y a écrit des dispositions? Il est certain que si la déclaration est fausse, elle sera de nulle valeur. Le testateur déclare que le testament qu'il présente au notaire est écrit par lui, tandis qu'il est écrit par un tiers ; la déclaration est fausse, donc nulle, et partant le testament est nul. Mais peut-on dire que la déclaration est fausse quand le testateur déclare que le testament est écrit par un autre, alors que lui y a ajouté des dispositions, l'a complété ou modifié? La déclaration est incomplète, elle n'est pas fausse. Donc le testament est valable. Cela a été jugé ainsi par la cour de Toulouse, et le pourvoi en cassation a été rejeté sur les conclusions de

(1) Rejet, 8 avril 1806 (Dalloz, n° 3275).
(2) Gand, 15 juin 1839 (*Pasicrisie*, 1839, 2, 109).

Merlin (1). La décision nous paraît très-juridique. Il n'y a point de nullité sans texte; or, la loi ne prescrit pas, à peine de nullité, que le testateur déclare que le testament est fait entièrement de la main d'un tiers, ou, s'il y a lieu, de sa propre main; ce qui est décisif. Il peut cependant naître un doute de la déclaration incomplète du testateur; il a déclaré avoir écrit son testament, et il s'y trouve des additions, des modifications, des corrections écrites de la main d'un tiers; la déclaration sera-t-elle valable? La cour de Lyon a jugé que la déclaration et, par suite, le testament étaient nuls. Merlin critique cette décision. Une déclaration incomplète ne doit pas être confondue avec une déclaration fausse. Autre est la question de savoir si, à raison de l'inexactitude de la déclaration, il y avait une garantie suffisante que l'écrit fût bien l'acte présenté par le testateur comme contenant ses dernières volontés. La cour aurait pu décider cette question négativement et, par suite, annuler le testament (2).

393. Le testament mystique doit-il être daté? Tout testament doit avoir une date; nous en avons dit les raisons (n° 188); la question est de savoir si l'écrit qui contient les dernières dispositions du testateur doit être daté, ou est-ce la date de l'acte de suscription qui sert de date au testament? La cour de cassation a jugé, sur les conclusions de Daniels, que le testament proprement dit ne doit pas être daté, qu'il emprunte sa date à l'acte de suscription (3). Cette décision est fondée sur le texte et sur l'esprit de la loi. L'article 976 n'exige pas la date; et en fait de conditions substantielles, le silence de la loi est décisif; l'article 979 confirme cette interprétation, il exige la date quand le testament mystique participe du testament olographe, c'est-à-dire quand le testateur ne peut

(1) Toulouse, 2 août 1810, et Rejet, 11 mai 1811 (Dalloz, n° 3244) et Merlin, *Répertoire*, au mot *Testament*, sect. II, § III, art. III, n° 28 (t. XXXIV, p. 66).

(2) Lyon, 26 janvier 1822 (Dalloz, n° 3245) et Merlin, *Répertoire*, au mot *Testament*, t. XXXIV, p. 68.

(3) Rejet, 14 mai 1809 (Dalloz, n° 3247, 2°), et les conclusions de Daniels dans Merlin, *Répertoire*, au mot *Testament*, sect. II, § III, art. III, n° 10 (t. XXXIV, p. 68), et tous les auteurs.

pas parler; alors il doit écrire le testament entièrement de sa main, le dater et le signer. Mais quand le testateur se borne à signer l'acte, cet acte n'est pas encore un testament, il ne devient un testament que par l'accomplissement des formalités prescrites pour le testament mystique. Donc le testateur ne teste réellement que ce jour, c'est par conséquent la date de ce jour constatée par l'acte de suscription qui est la date de son testament. La question est très-importante pour la capacité du testateur; il doit être capable lorsqu'il teste, donc au jour où il remplit les formalités du testament mystique. Il en serait ainsi lors même que le testateur aurait écrit et signé ses dispositions. Ce n'est pas encore là un testament; ce n'est pas un testament olographe, puisqu'on suppose que la date manque; ce n'est pas un testament mystique, puisque les formes légales n'ont pas encore été remplies. Si le testateur avait écrit, daté et signé son testament, la capacité se déterminerait toujours par la date de l'acte de suscription, puisque le testateur a voulu tester dans la forme mystique. Naît alors la question de savoir si le testament nul comme mystique peut valoir comme olographe; nous y reviendrons (n° 428).

II. *Clôture.*

394. « Sera le papier qui contiendra les dispositions, ou le papier qui servira d'enveloppe, s'il y en a une, clos et scellé. » Le testateur peut présenter le papier clos et scellé au notaire et aux témoins, ou il peut le faire clore et sceller en leur présence (art. 976). Qu'entend-on par *clos et scellé?* Suffit-il que le testament soit fermé de manière à ne pouvoir être ouvert sans bris ni fracture? Tel serait le testament fermé avec des pains à cacheter, ou avec de la cire. Ou faut-il, outre cette clôture, qu'il soit *scellé,* c'est-à-dire qu'il s'y trouve l'empreinte d'un cachet? La question est controversée. C'est une de ces controverses qui témoignent du peu de respect que les interprètes ont pour le texte de la loi. La loi veut que le testament soit *clos et scellé,* donc elle exige deux conditions, la clôture et un sceau ou cachet. Se contenter de la clô-

ture, c'est effacer le mot *scellé*, c'est retrancher l'une des deux conditions que la loi exige. Cela est décisif (1).

Qu'oppose-t-on au texte de la loi? A notre avis, on ne peut rien lui opposer, car le texte c'est la volonté du législateur, et devant celle-là l'interprète doit plier. On cherche à échapper à l'autorité du texte en disant qu'il ne définit pas ce qu'il faut entendre par *clos et scellé*, et on en conclut que c'est une question de fait plutôt que de droit. Quoi! la loi veut que le testament soit *clos et scellé*, c'est une formalité substantielle, et une formalité substantielle serait une question de fait! La loi n'avait pas besoin de définir les mots *clos* et *scellé;* le premier dictionnaire venu donne les définitions. Il y a plus. Les dispositions du code sur le testament mystique sont empruntées à l'ancien droit; consultons donc la tradition. Un savant magistrat a recueilli les témoignages; ils abondent. Nous n'en citerons qu'un seul. On lit dans les *Arrêtés* de Lamoignon : « Quand le testateur voudra tenir sa disposition secrète jusqu'à sa mort, il pourra écrire le testament de sa main, ou le faire écrire par un autre, et le signera s'il peut écrire; et le testament étant *fermé* et *clos sous le cachet du testateur ou d'autres,* seront appelés un notaire et six témoins, et sera déclaré en leur présence par le testateur que ce qui est écrit dans ce papier, ainsi *clos* et *cacheté,* est son testament. » Le commentateur de l'ordonnance de 1735, Rousseau de la Combe, résume la doctrine générale en disant que le testateur doit *sceller* son testament avec un *cachet* ou *empreinte* (2).

A quoi bon? dit-on. Ne suffit-il pas que le testament soit clos de manière à ce qu'on ne puisse le retirer ni lui en substituer un autre? Pourquoi exiger de plus un sceau ou un cachet? « Minutie inutile, dit Troplong, qui fait dépendre la volonté des mourants d'observances capricieuses, étroites et frivoles (3). » Nous trouvons ce dédain très-déplacé, car il s'adresse au législateur. Demandez-

(1) Demolombe, t. XXI, p. 339, nos 343-347, et les auteurs qu'il cite.
(2) Nicias Gaillard, *Du testament mystique, et en particulier de l'obligation de le sceller* (*Revue critique de législation,* 1857, t. X).
(3) Troplong, t. II, p. 61, no 1627.

lui pourquoi il ne s'est pas contenté de la clôture. S'il exige de plus un sceau ou un cachet, c'est sans doute pour multiplier les garanties, car il ne faut pas oublier que tout le testament mystique repose sur ces garanties. Elles sont inefficaces, dit-on, contre la fraude. Soit, c'est l'affaire du législateur; le devoir de l'interprète est de respecter la loi. Or, la loi fait de la clôture et du sceau une condition substantielle du testament mystique; il faut donc dire avec la cour de Bruxelles, siégeant comme cour de cassation : « C'est une maxime certaine et incontestable que tout ce qui tient à la forme des actes doit être accompli ponctuellement, qu'il n'y a pas à cet égard d'équipollence, ni d'induction, ni d'argumentation (1). » La loi dit que le testament doit être clos et scellé ; donc il faut la clôture et un sceau : il n'y a pas de raisonnement qui tienne contre la loi.

Il y a des arrêts en sens contraire; nous les comprenons. Quand le juge a la conviction qu'il est impossible qu'il y ait eu une soustraction ou une substitution d'un testament, il se décidera difficilement à prononcer la nullité d'un acte que le testateur a fait avec toutes les précautions imaginables, sauf l'empreinte d'un cachet. C'est ainsi que la cour d'Agen a validé un testament clos par un lien de fil traversant huit fois l'enveloppe et, en outre, par seize cachets de cire rouge appliqués sur chacun des points où le fil traversait le papier; il était impossible d'ouvrir le testament sans laisser des traces visibles de la rupture des cachets (2). La garantie a paru suffisante. Elle l'était en fait. Cela prouve que la loi est mauvaise; qu'on la corrige. La cour de cassation a confirmé la décision de la cour d'Agen, en essayant de lui donner une couleur juridique. Elle dit que le mot *sceller* a diverses acceptions, qu'il ne s'entend d'un sceau laissant une empreinte que lorsqu'il s'agit, pour des autorités ou des personnes publiques, d'imprimer à leurs actes un caractère

(1) Bruxelles, chambre de cassation, 18 février 1818 (*Pasicrisie*, 1818, p. 38, et Dalloz, n° 3261, 2°). Comparez Bruxelles, 13 novembre 1844 (*Pasicrisie*, 1844, 2, 284).
(2) Agen, 27 février 1855 (Dalloz, 1855, 2, 223).

solennel exclusivement attaché à l'empreinte d'un sceau légal; que quand il s'agit de simples particuliers, l'action de sceller se prend dans un sens plus large, pour signifier l'action d'unir ensemble plusieurs objets ou plusieurs parties séparées d'un même tout, de manière qu'on ne puisse plus les diviser sans bris ni fracture (1). Qui autorise la cour à donner ce sens au mot *sceller* dans l'article 976? A défaut de définition légale, l'interprète doit consulter la tradition; or, la tradition exige un cachet ou un sceau.

Dans la doctrine de la cour de cassation, la condition de la clôture devient une condition de fait que les tribunaux décident d'après les circonstances. Elle a jugé, en conséquence, que le testament est nul lorsque la clôture et le sceau permettent facilement d'ouvrir l'enveloppe et d'en retirer le testament sans laisser de traces, parce que le sceau de cire ne les fait pas adhérer l'un à l'autre (2).

395. Dans l'opinion qui admet la nécessité d'un sceau quelconque, on demande quel cachet le testateur peut ou doit employer. La loi n'en prescrit et n'en interdit aucun; de sorte que le testateur jouit, à cet égard, d'une liberté entière. Ce qui est très-naturel. La loi ne pouvait pas obliger le testateur à employer un cachet ou sceau qui lui soit propre, car il peut ne pas en avoir. Dans ce cas, il se servira du cachet du notaire, ou de toute autre marque (3). Il faut avouer que la latitude que le législateur laisse d'apposer une marque quelconque au testament diminue de beaucoup l'utilité de cette prescription : nous exposons la loi telle qu'elle est.

III. *Présentation du testament au notaire et aux témoins.*

396. L'article 976 continue : « Le testateur présentera le testament ainsi clos et scellé au notaire et à six témoins au moins, ou il le fera clore et sceller en leur présence; et il déclarera que le contenu en ce papier est

(1) Rejet, de la chambre civile, après délibération en la chambre du conseil, 2 avril 1856 (Dalloz, 1856, 1, 135).
(2) Rejet, 27 mars 1865 (Dalloz, 1866, 1, 228).
(3) Rejet, 8 février 1820 (Dalloz, n° 3230, 3°). Bruxelles, 16 février 1822 (*Pasicrisie*, 1822, p. 62; Dalloz, n° 3257). Comparez Coin-Delisle, p. 399, n° 29 de l'article 976, et tous les auteurs.

son testament écrit et signé de lui, ou écrit par un autre et signé de lui. » Cette déclaration du testateur constitue la formalité la plus importante du testament mystique. C'est la présentation accompagnée de la déclaration exigée par la loi qui prouve que l'écrit est l'expression des dernières volontés du testateur ; car l'écrit en lui-même n'est pas un testament, à moins qu'il ne soit fait dans la forme olographe; ce que la loi ne suppose pas, puisqu'elle dit que le testateur déclarera que le papier est écrit et signé de lui; ce qui ne constitue pas un testament olographe, la date manquant et l'écrit pouvant être en partie fait par un tiers. Le papier peut aussi être écrit en entier par un tiers et seulement signé du testateur; dans ce cas, il est encore moins un testament, et il emprunte toute sa force de la déclaration que le testateur fait en présentant le papier au notaire et aux témoins.

397. Le notaire constate la présentation du testament et la déclaration du testateur dans un acte que la loi appelle acte de suscription. L'intervention du notaire étant requise comme condition essentielle du testament, naît la question de savoir si la loi du 25 ventôse an XI est applicable en ce qui concerne les qualités que l'officier public doit réunir pour pouvoir instrumenter. Que le notaire doive être compétent et capable pour recevoir le testament mystique, comme il doit l'être pour recevoir le testament par acte public, cela n'est pas douteux; il n'est plus notaire quand il est incompétent et incapable. Il faut donc appliquer ce que nous avons dit plus haut (n°s 251 et 252) et ce que nous dirons, au titre des *Obligations*, de la compétence et de la capacité. En est-il de même des incapacités relatives qui empêchent le notaire d'instrumenter? La loi de ventôse s'applique, sans doute aucun, à l'acte de suscription; cet acte ne pourrait être reçu par le notaire qui serait parent ou allié du testateur au degré prohibé par la loi de ventôse. Le notaire serait encore incapable si l'acte contenait une disposition en sa faveur, ou en faveur de ses parents et alliés au degré déterminé par la loi. C'est le droit commun (1).

(1) Demante, t. IV, p. 289, n° 121 *bis* V, et tous les auteurs.

Que faut-il décider si le testateur a fait un legs au profit du notaire, ou de ses parents ou alliés dans l'écrit qui contient ses dispositions? Faut-il appliquer à cet écrit la disposition de la loi de ventôse quant aux actes que le notaire reçoit? Il se présente diverses hypothèses. Le notaire peut ignorer ce que contient le papier que le testateur lui présente comme contenant ses dispositions. Le notaire peut aussi connaître ces dispositions, si c'est lui qui les a écrites, et si immédiatement après qu'il les a écrites, il procède aux formalités qui constituent le testament mystique. Nous supposons ce dernier cas, c'est le plus défavorable au notaire et à la validité du testament. La question est controversée, et il y a quelque doute.

La jurisprudence s'est prononcée pour la validité du testament (1). Il y a en faveur de cette opinion un motif qui nous paraît péremptoire, c'est qu'il n'y a point de loi qui prononce la nullité. Au point de vue des textes, il est même douteux que le notaire soit incapable de recevoir un testament authentique qui contiendrait des dispositions en sa faveur; l'article 8 de la loi de ventôse ne prévoit que le cas de dispositions faites en faveur de parents et alliés du notaire (n° 252). Admettons que cet article s'applique *à fortiori* aux actes qui contiendraient quelque disposition en faveur du notaire, reste à savoir si l'on peut dire que le notaire *reçoit l'acte* qui contient les dernières volontés du testateur, quand celui-ci teste dans la forme mystique. L'article 8 dit : Les notaires ne pourront *recevoir les actes*. Qu'est-ce que *recevoir un acte?* C'est constater les déclarations, les conventions, les dispositions de ceux qui comparaissent devant le notaire pour donner l'authenticité aux faits juridiques que le notaire est appelé à constater. Quel est, en matière de testament mystique, l'acte que le notaire reçoit? C'est l'acte de suscription, qui

(1) Nîmes, 21 février 1820 (Dalloz, au mot *Notaire*, n° 412). Merlin dit de cet arrêt qu'il est trop bien motivé pour ne pas faire jurisprudence (*Répertoire*, sect. II, § III, art. III, n° 20, t. XXXIV, p. 55). Gand, 18 janvier 1872 (*Pasicrisie*, 1872, 2, 102). Dans le même sens, Demolombe, t. XXI, p. 358, n° 362; Aubry et Rau, t. V, p. 524 et note 16, et les auteurs qu'ils citent.

constate la déclaration que fait le testateur en présentant au notaire et aux témoins l'écrit contenant ses dernières volontés. Reçoit-il aussi cet écrit? Non, car c'est un écrit sous seing privé, quand même il serait dressé par le notaire. Or, c'est cet écrit qui contient un legs au profit du notaire; partant nous ne sommes pas dans le texte de l'article 8. Le notaire est capable de recevoir l'acte de suscription, parce que cet acte ne contient aucune disposition en sa faveur. Quant au testament proprement dit, il ne le reçoit pas, alors même qu'il l'écrirait; il ne peut donc pas être incapable du chef d'un acte qui n'est pas le sien, qui n'est pas un acte notarié.

398. On objecte que nous séparons ce que la loi ne divise pas, l'écrit qui contient les dispositions du défunt et l'acte de suscription qui constate que cet écrit contient les dernières volontés du testateur. Ici est le vrai nœud de la difficulté. Le testament mystique est un, dit-on, quoiqu'il se compose de diverses opérations; ce sont ces opérations réunies qui constituent cette forme particulière de tester. Il faut d'abord que le testateur écrive ou fasse écrire par un autre ses dernières volontés. Cet écrit est-il un testament? Non, nous venons de le dire (n° 395); et sur ce point il ne saurait y avoir un doute, puisque le texte du code est formel; il ne donne pas le nom de testament à cet écrit, il l'appelle un *papier* contenant les dispositions de celui qui veut tester. Quand ce papier deviendra-t-il un testament? Il y a encore deux formalités substantielles à remplir, la clôture, puis la présentation et la déclaration du testateur; ici le notaire intervient, et son intervention est une condition essentielle pour qu'il y ait un testament mystique; le testament mystique n'existe que lorsque l'acte de suscription sera dressé. Donc, dit-on, c'est le notaire qui reçoit le testament mystique, et par suite il est incapable si le testament contient une disposition en sa faveur (1).

Voilà l'objection, et elle ne manque pas de force. L'unité

(1) Grenier, n° 269 *bis* (t. II, p. 553). Spinnael, *Annotations critiques sur Toullier*, p. 152. Du Bois, dans la *Belgique judiciaire*, 1872, t. XXX, p. 753 et suiv.).

du testament mystique est incontestable; mais en peut-on induire que ce testament soit l'œuvre du notaire et que c'est lui qui *reçoit l'acte?* Ici est le défaut de l'objection. Pour que le notaire soit incapable, il faut qu'il *reçoive* l'acte : ce sont les termes de l'article 8 de la loi de ventôse. Les actes qu'un notaire reçoit sont des actes authentiques. S'il était vrai que le notaire reçoit le testament mystique, ce testament serait un testament authentique; or, il est bien certain que le testament mystique n'est pas un acte authentique, donc ce n'est pas le notaire qui le reçoit, et par suite il n'y a pas lieu de lui appliquer l'incapacité qui résulte de l'article 8. Qu'est-ce qu'il y a d'authentique dans le testament mystique? L'acte de suscription, rien que cet acte; or, cet acte ne contient pas les dispositions du défunt; ce n'est qu'un procès-verbal mentionnant certains faits, certaines déclarations qui tendent à assurer que le papier présenté au notaire et aux témoins est l'expression des dernières volontés du défunt; mais ces volontés ne se trouvent pas dans l'acte de suscription, elles sont consignées dans un écrit qui est et qui reste un écrit sous seing privé. L'acte, qui seul émane du notaire, c'est l'acte de suscription; c'est le seul qu'il reçoive, le seul qui ait un caractère d'authenticité; or, cet acte ne contient pas de dispositions, il n'en peut donc résulter aucune incapacité. Quant à l'écrit qui contient les dispositions et qui gratifie le notaire, il n'est pas un acte reçu par notaire, il ne peut donc engendrer aucune incapacité au préjudice de celui qui l'écrit.

399. On invoque l'esprit de la loi. Pourquoi l'article 8 de la loi de ventôse déclare-t-il l'officier public incapable de recevoir un acte qui contient une disposition en sa faveur? C'est une application du principe qui défend d'être témoin dans sa propre affaire. Ce principe, applicable au testament par acte public, doit à plus forte raison recevoir son application au testament mystique. Voici l'hypothèse que l'on fait pour mettre l'incapacité du notaire dans tout son jour. Le notaire rédige le testament, et immédiatement après le testateur le présente clos et scellé au notaire qui vient de l'écrire et aux témoins. Quoi! dit-on,

si un legs était fait publiquement en présence de quatre témoins au notaire qui reçoit le testament authentique, l'acte serait nul. Et il deviendra valable si le notaire a reçu ce legs en secret, l'a lui-même écrit, sans aucune espèce de garantie! Là où il y a quelque garantie, l'acte sera nul; là où il n'y en a aucune, l'acte sera valable! Il faut dire, au contraire, que si l'acte est nul, par cela seul que le notaire y est gratifié, quoique quatre témoins attestent et garantissent la libre volonté du disposant, il doit être nul à plus forte raison si la disposition est faite dans un acte secret, sans autre témoin que le notaire qui rédige l'acte et qui, immédiatement après lui donne la force d'un acte authentique (1).

Nous croyons que l'objection ne tient pas compte du véritable esprit de la loi. Sans doute, la raison nous dit que personne ne peut être témoin dans sa propre cause. Mais quand le notaire est-il témoin dans sa propre cause? Quand il instrumente comme officier public, quand il reçoit comme tel un acte qui contient une disposition en sa faveur. Or, quel est l'acte qui, dans l'espèce, gratifie le notaire? C'est l'écrit sous seing privé qui contient les dispositions du testateur. Dans cet écrit, le notaire n'est pas témoin, car il n'y intervient pas comme officier public. Ce serait étendre la notion du témoignage et l'incapacité qui en résulte que de l'appliquer à un écrit où il n'y a ni notaire ni témoins. Le notaire n'intervient comme tel que lorsqu'il s'agit de constater la présentation de l'écrit et la déclaration du testateur; jusque-là il ne témoigne pas, légalement parlant; il ne saurait donc être incapable comme témoin. Sans doute la délicatesse commande au notaire de ne pas écrire un acte qui contient une disposition en sa faveur, mais pour que le devoir de délicatesse devienne une obligation d'où résulte une incapacité légale et une nullité, il faut une loi, et cette loi n'existe point.

400. D'après l'article 976, le testateur doit présenter son testament au notaire et à six témoins au moins. Pour-

(1) Du Bois, dans la *Belgique judiciaire*, 1872, t. XXX, p. 755.

quoi ce nombre extraordinaire de témoins, alors que quatre témoins suffisent pour le testament solennel par excellence, le testament par acte public? Les raisons que l'on donne n'ont pas grande valeur. On invoque la tradition; mais quand la tradition n'a point de raison d'être, le législateur a tort de la suivre. Il faut donc voir s'il y a un motif rationnel. Le nombre des témoins, dit-on, constitue principalement l'authenticité du testament mystique (1). A vrai dire, le testament mystique n'est pas authentique, il n'est que solennel, ce qui est bien différent. Pourquoi faut-il six témoins plutôt que quatre pour lui donner ce caractère solennel? Les témoins ont-ils par hasard un rôle plus considérable à remplir dans le testament mystique que dans le testament par acte public? Ils sont témoins d'un fait, la présentation du testament, et ils entendent une déclaration, celle que le papier clos et scellé qu'on leur présente contient les dispositions du testateur. Faut-il, outre le notaire, six personnes pour attester des faits matériels, alors que quatre suffisent pour attester que le testateur a dicté ses volontés, que le notaire les a écrites telles qu'elles ont été dictées, que lecture en a été donnée?

Autre anomalie. L'article 974 se contente de la signature de la moitié des témoins quand le testament par acte public est reçu à la campagne. En est-il de même du testament mystique? La négative est certaine; elle est consacrée par la jurisprudence et admise par tous les auteurs, sauf le dissentiment de Maleville. Il résulte de l'article 976 combiné avec l'article 977 que tous les témoins doivent signer; la loi ne fait aucune exception pour les campagnes, et celle que l'article 974 établit pour le testament par acte public ne saurait être étendue au testament mystique, car les exceptions ne s'étendent jamais (2). Troplong s'est ingénié à trouver des raisons qui justifient cette différence. Pourquoi ne pas avouer avec Duranton que c'est une anomalie (3)? Il est difficile, parfois impos-

(1) Demolombe, t. XXI, p. 360, n° 363.
(2) Liége, 29 mai 1808 (Dalloz, n° 3335. Voyez les autres arrêts, *ibid.*).
(3) Troplong, t. II, p. 66, n° 1632; Duranton, t. IX, p 166, n° 144.

sible, de trouver quatre témoins à la campagne qui sachent signer, et la loi veut qu'on en trouve six! C'est rendre le testament mystique impossible. Ce qu'il y a de singulier, c'est que le conseil d'État commença par décider en principe que l'exception pour les campagnes serait générale, ce qui explique l'opinion isolée de Maleville. Le conseil revint ensuite sur sa décision, on ne sait quand ni pourquoi.

401. Quelles sont les conditions de capacité exigées des témoins? Il n'y a aucun doute quant aux conditions générales requises par l'article 980 de tous ceux qui sont appelés pour être présents aux testaments; l'article est conçu en termes généraux, et il se trouve à la fin de la section qui traite des testaments par acte public et des testaments mystiques; donc les deux espèces de testaments sont placées sur la même ligne, ce qui est très-logique, le rôle des témoins étant toujours d'attester ce qui se passe sous leurs yeux, quelles que soient du reste les solennités.

Pour les incapacités relatives prononcées par l'article 975, il y a quelque doute. Il est certain que l'article 975 ne peut être étendu aux testaments mystiques; le législateur a eu soin de placer à la fin de la section la disposition concernant les témoins qu'il entendait rendre commune aux deux espèces de testaments; il n'est donc pas permis d'étendre aux testaments mystiques ce que l'article 975 dit des testaments par acte public. La vraie difficulté est celle-ci : il y a dans la loi de ventôse sur le notariat une disposition générale qui règle les incapacités relatives des témoins : l'article 10 doit-il être appliqué à l'acte de suscription? A notre avis, non. C'est l'application du principe que nous avons posé sur le rapport qui existe entre la loi de ventôse et le code civil. La loi de l'an XI cesse d'être applicable lorsque le code civil contient des dispositions spéciales sur un point qui est prévu par la loi générale. Or, le code règle tout ce qui concerne les incapacités des témoins; il contient d'abord une disposition concernant les incapacités relatives; celle-là il ne l'applique qu'au testament par acte public. Puis il con-

tient une disposition sur les conditions générales de capacité qu'il applique aux deux espèces de testament. Voilà un système complet consacré par une loi spéciale, donc il déroge à la loi générale qui lui est antérieure. Ce qui confirme cette interprétation, c'est que Jaubert a dit formellement dans son rapport au Tribunat que telle était la pensée du législateur : « La loi générale sur l'organisation du notariat, dit-il, ne peut être invoquée dans la matière des testaments, pour lesquels une loi particulière règle tout ce qui est relatif aux témoins. » Jaubert ajoute que la loi exige la présence de six témoins à l'acte de suscription ; le législateur devait donc se montrer moins rigoureux pour les conditions de capacité, s'il ne voulait pas, surtout à la campagne, rendre ces testaments impossibles. On a objecté que Jaubert se trompe et que l'erreur d'un tribun, simple rapporteur de la section de législation du Tribunat, ne fait pas autorité (1). Nous croyons, au contraire, que Jaubert a fait une juste application du principe de la spécialité des lois. Et il n'est pas exact de dire qu'il ait été seul de son avis. Au conseil d'Etat, la même opinion s'est fait jour, et elle a été consacrée par un vote formel (1). Nous avons donc une interprétation du code émanée de ceux-là mêmes qui ont pris part aux travaux préparatoires. Cela nous paraît décisif.

402. Les incapacités naturelles qui empêchent une personne d'assister comme témoin à un testament par acte public existent-elles aussi pour le testament mystique? Il a été jugé qu'il n'est pas nécessaire que les témoins comprennent la langue dans laquelle le testateur fait sa déclaration (2). Cela nous paraît contraire à tout principe. Si la loi veut qu'il y ait six témoins, c'est précisément pour avoir une garantie que l'écrit qui n'est vu

(1) Jaubert, Rapport, n° 57 (Locré, t. V, p. 356). Séance du conseil d'État du 19 ventôse an XI, n° 19 (Locré, t. V, p. 261). Aubry et Rau, t. V, p. 525 et notes 19 et 20; Demolombe, t. XXI, p. 365, n° 374; Troplong, t. II, p. 67, n° 1635. En sens contraire, Marcadé, t. IV, p. 38, n° V de l'article 976, et les auteurs cités par Dalloz, n° 3321.

(2) Jugement du tribunal de première instance de Bruxelles, 19 février 1862, confirmé par la cour; l'arrêt (du 11 mai 1863) est si mal rédigé que l'on ne sait ce que la cour décide en principe (*Pasicrisie*, 1863, 2, 342).

de personne, qui est clos et cacheté, est le vrai testament du défunt; or, la seule garantie, c'est la déclaration du testateur; si cette déclaration est faite dans une langue que les témoins ne comprennent pas, que devient la garantie unique sans laquelle il n'y a plus de testament mystique? La question est cependant controversée (1).

IV. *De l'acte de suscription.*

1. FORMES.

403. Après avoir dit que le testateur présentera au notaire et aux témoins le papier qui contient ses dispositions et déclarera que le contenu en ce papier est son testament, l'article 976 ajoute : « Le notaire en dressera l'acte de suscription qui sera écrit sur ce papier, ou sur la feuille qui servira d'enveloppe. » Il y a quelque chose de spécial dans l'acte que le notaire doit dresser : il ne peut pas l'écrire, comme il écrit ses actes en général, sur un timbre, il doit l'écrire sur le testament même ou sur l'enveloppe dans laquelle se trouve le testament. L'acte de suscription s'identifie ainsi avec le testament, dont il est un élément essentiel. On conçoit que c'est pour certifier et prouver par une attache matérielle que le papier que l'on trouvera à la mort du testateur est bien celui que le testateur a présenté au notaire et aux témoins. La formalité est donc substantielle, comme toutes celles que l'article 976 prescrit. Il a été jugé que si le notaire dressait un procès-verbal de la présentation du testament et de la déclaration du testateur sur une feuille séparée, cet acte ne serait pas un acte de suscription; partant il n'y aurait pas de testament mystique. Le mot même indique la volonté du législateur, et le texte ainsi que l'esprit de la loi ne laissent aucun doute (2).

404. Le notaire doit-il écrire l'acte de suscription?

(1) Voyez les citations dans Demolombe, t. XXI, p. 363, n° 370.
(2) Turin, 5 pluviôse an XIII, et les autres arrêts rapportés par Dalloz, n°s 3303 et 3304, et cités par tous les auteurs (Coin-Delisle, p. 400, n° 34 de l'article 976).

L'affirmative est admise par tout le monde, et elle n'est pas douteuse. Cependant si l'on s'en tenait à la lettre de l'article 976, il faudrait décider que le notaire peut faire écrire l'acte de suscription par qui il veut; la loi se sert du mot *dresser*; or, le notaire *dresse* tous les actes qu'il reçoit, mais il ne les écrit pas. Ce n'est que par exception qu'il est obligé d'écrire lui-même ses actes, l'article 972 le dit du testament par acte public; mais l'article 976 ne se sert pas de l'expression *écrire*, ce qui semble indiquer que la loi ne fait pas de l'écriture par le notaire une condition substantielle du testament mystique. Ces doutes s'évanouissent quand on consulte la tradition; l'article 976 ne fait que reproduire l'ordonnance de 1735 qui disait aussi que le notaire dresserait l'acte de suscription, et on entendait l'ordonnance en ce sens que le notaire devait écrire l'acte. Une déclaration interprétative du 6 mars 1751 porte que l'acte de suscription doit être écrit par le notaire, à peine de nullité. Il faut donc entendre dans le même sens le mot *dresser* que le code a emprunté à l'ordonnance. L'article 979 confirme cette interprétation. Dans le cas spécial qu'il prévoit, lorsque le testateur ne peut pas parler, il prescrit une formalité spéciale pour la validité du testament, puis il ajoute que le notaire *écrira* l'acte de suscription. S'il doit l'écrire dans le cas prévu par l'article 979, il doit l'écrire dans tous les cas; car la circonstance que le testateur peut ou ne peut pas parler ne saurait avoir aucune influence sur l'obligation qui est imposée au notaire (1).

405. L'acte de suscription est un acte notarié, et la loi de ventôse (art. 20) veut que les notaires gardent minute de leurs actes. Cette prescription s'applique-t-elle au testament mystique? Nous disons: *au testament mystique*, parce que l'acte de suscription ne fait qu'un avec le testament dont il ne saurait être détaché. La question est donc de savoir qui conservera le testament. Or, l'article 976 n'exige pas que le testament soit remis au notaire, il implique plutôt le contraire, car il se borne à dire que le

(1) Coin-Delisle, p. 400, n° 35 de l'article 976, et tous les auteurs.

testament sera présenté au notaire et aux témoins; donc une fois les formalités remplies, c'est au testateur à décider s'il veut garder le testament ou le donner en dépôt au notaire. Si le notaire était le dépositaire nécessaire de l'acte, c'est lui qui, lors du décès, serait obligé d'en faire la présentation au président, tandis que le code dit seulement que le notaire sera appelé à l'ouverture du testament s'il est sur les lieux, après quoi le président ordonne le dépôt chez un notaire. Cela suppose que le testament est resté dans les mains du défunt. Il n'y a d'ailleurs aucune raison de laisser la minute au notaire. On conçoit que celui-ci garde la minute des actes qu'il reçoit et dont il est dans le cas de délivrer expédition. Mais ce n'est pas lui qui reçoit le testament proprement dit, quand il est fait dans la forme mystique; l'acte de suscription n'est qu'un accessoire du testament, accessoire qui en est inséparable. Dès lors les dispositions de la loi de ventôse sont inapplicables en matière de testament mystique (1). Il suit de là que si le testateur a confié le dépôt du testament au notaire, il peut toujours en demander la restitution, et le notaire ne peut pas la lui refuser. La chambre des notaires de Paris avait avisé en sens contraire, mais la cour de Paris a condamné son opinion (2).

406. Le notaire doit-il observer pour les actes de suscription les formalités que la loi du 25 ventôse an XI prescrit pour les actes notariés en général? On lit dans un arrêt de la cour de cassation que l'acte de suscription n'est pas un acte notarié proprement dit. La cour en conclut que cet acte n'est point susceptible de toutes les formalités prescrites par la loi de ventôse (3). Cela est très-vague, et même inexact, nous semble-t-il. Il est certain que le notaire doit observer les formalités qui concernent la rédaction. Dans le système de la cour de cassation, on ne sait quelles formes il doit observer, quelles formes

(1) Demante, t. IV, p. 289, n° 121 *bis* VI et tous les auteurs. Bruxelles, 23 juillet 1825 (*Pasicrisie*, 1825, p. 466); et chambre de cassation, 23 mai 1826 (*ibid.*, 1826, p. 164).
(2) Paris, 10 juin 1848 (Dalloz, 1848, 2, 143).
(3) Rejet, 16 décembre 1834 (Dalloz, n° 3328).

il ne doit pas observer. Ne faut-il pas, au contraire, poser comme principe que le notaire est tenu d'observer la loi de ventôse? Par cela seul que l'acte de suscription ne peut être reçu que par un notaire, c'est un acte notarié, donc soumis à la loi de ventôse (1), sauf les exceptions qui résultent du code civil; nous en avons vu plusieurs : l'article 10, concernant les incapacités relatives des témoins, n'est pas applicable à l'acte de suscription (n° 401) : le notaire est obligé de l'écrire (n° 404) : il n'en doit pas garder minute, malgré l'importance de cet acte (n° 405). Ces exceptions confirment la règle; il en résulte une conséquence très-importante, c'est que l'inobservation des formes prescrites sous peine de nullité par la loi de ventôse entraîne la nullité de l'acte de suscription, et par suite du testament mystique (2).

2. DES MENTIONS QUE DOIT CONTENIR L'ACTE DE SUSCRIPTION.

407. L'article 976 dit que le notaire *en* dressera l'acte de suscription. De quoi dressera-t-il acte? La cour de cassation répond que le notaire doit faire mention des faits qui précèdent; l'article 976 dit dans la même phrase que le testateur présentera son testament clos et scellé au notaire et à six témoins, ou le fera clore et sceller en leur présence; qu'il déclarera que le contenu en ce papier est son testament écrit et signé de lui, ou écrit par un autre et signé de lui; c'est de cela que le notaire dresse acte, c'est-à-dire qu'il fait mention que le testateur a présenté le papier contenant ses dispositions à lui notaire et aux témoins; que ce papier était clos et scellé, ou qu'il l'a été en leur présence; enfin que le testateur a fait la déclaration que la loi prescrit (3). L'interprétation que la cour de cassation donne au texte est généralement admise, sauf le dissentiment de Coin-Delisle (4); Troplong dit qu'il

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 526 et note 27. Voyez des applications du principe dans les arrêts rapportés par Dalloz, n° 3294.
(2) Turin, 15 pluviôse an XIII (Dalloz, n° 3303).
(3) Rejet, 28 décembre 1812 (Dalloz, n° 3280).
(4) Coin-Delisle, p. 401, n°s 47-51 de l'article 976. Troplong, t. II, p. 69, n° 1640.

ne vaut pas la peine de réfuter cet auteur, parce que l'opinion qu'il émet n'est pas sérieuse. Nous croyons aussi qu'elle n'est pas fondée, mais nous n'aimons pas que l'on repousse avec dédain une interprétation qui se fonde sur le texte de la loi. Coin-Delisle a raison de dire que le mot *en* ne signifie pas *de quoi;* il a encore raison de dire que si le législateur avait voulu marquer que l'acte de suscription doit mentionner tous les faits qui s'accomplissent devant le notaire, il aurait dû dire que le notaire en dressera *acte,* ou qu'il en dressera *un acte* de suscription. Mais de ce que le texte, dans le sens qu'on lui donne, est mal rédigé, faut-il conclure que le texte n'a pas ce sens? Le législateur, même celui du dix-huitième siècle, ne s'astreint pas toujours à la précision grammaticale. Merlin a fait d'avance une réponse péremptoire à l'argumentation de Coin-Delisle, en prouvant que le sens que l'opinion générale donne à l'article 976 était aussi le sens que l'on donnait dans l'ancien droit à l'ordonnance de 1735; cela est décisif. Qu'est-ce que l'acte de suscription? « Ce n'est autre chose, dit un commentateur de l'ordonnance(1), qu'une *mention* faite par le notaire sur le dos du testament ou sur l'enveloppe, qu'un tel jour, en présence de tels témoins, le testateur a *présenté* un papier *plié, cacheté,* qu'il a *dit* être son testament écrit par lui ou par un autre et signé de lui. » Telle est la signification traditionnelle de l'acte de suscription, et c'est la tradition que les auteurs du code ont entendu consacrer, puisqu'ils reproduisent textuellement l'ordonnance de 1735.

408. Le notaire doit donc faire mention de l'accomplissement des formalités que la loi prescrit. Quel est le caractère de cette mention? Est-ce une mention identique à celle que l'article 972 ordonne pour le testament par acte public? Il y a entre les deux textes une différence qui est considérable. L'article 972 dit qu'il est fait du tout *mention expresse;* tandis que l'article 976 ne prononce pas le mot de *mention,* il dit seulement que le notaire

(1) Sallé, sur l'article 9 de l'ordonnance de 1735. Merlin, *Répertoire,* au mot *Testament,* sect. II, § III, art. III, nº 13 (t. XXXIV, p. 29).

dresse acte de ce qui s'est passé devant lui. *Dresser acte* ce n'est pas faire une *mention expresse*, c'est constater un fait. Donc tout ce que l'on peut exiger, c'est que l'écrit prouve que les formalités prescrites par la loi ont été remplies. Il suit de là que l'interprète ne peut pas appliquer aux mentions de l'article 976 la règle sévère que Merlin a proposée pour la mention expresse de l'article 972; il ne faut pas que l'énonciation soumette le notaire à l'accusation de faux, si le fait qu'elle constate n'est pas conforme à la loi; car la loi ne prescrit aucune énonciation expresse (1). Mais de la sévérité excessive de l'article 972 il ne faut pas passer à un excès contraire, en disant, comme le fait Duranton, que la mention ne doit pas être spéciale (2). Si l'on entend par là qu'elle ne doit pas être expresse, cela va de soi; mais l'on a tort si l'on se contente d'une énonciation vague qui n'établirait point que toutes les formalités légales ont été remplies. Un fait est nécessairement spécial, donc la mention en doit aussi être spéciale; il faut que le notaire dise que le testateur a présenté son testament; il faut qu'il dise que le testament était clos et cacheté, ou qu'on l'a clos et cacheté en sa présence; il faut qu'il dise que le testateur a déclaré que le papier qu'il a présenté est son testament. Il doit dire tout cela, en ce sens que la preuve en résulte de l'acte qu'il dresse, sans que l'on puisse exiger des termes quelconques, ni ceux dont la loi se sert, ni des termes équipollents (3).

On doit donc laisser de côté la théorie de l'équipollence que la jurisprudence et la doctrine admettent pour le testament par acte public. En effet, l'équipollence implique que le notaire doit employer certaines expressions qui soient identiques avec celles de la loi; tandis qu'un fait peut être constaté implicitement; et pourvu qu'il soit constaté, il est satisfait à la loi. Nous croyons que les auteurs

(1) Rejet, 8 novembre 1832 (Dalloz, n° 3285).
(2) Duranton, t. IX, p. 155, n° 130. En sens contraire, Dalloz, n° 3271; Grenier, t. II, p. 545, n° 264.
(3) Comparez Troplong, n°s 1641 et 1642; Demolombe, t. XXI, p. 368, n° 376.

n'ont pas assez tenu compte de la différence que nous venons de signaler entre le texte de l'article 972 et le texte de l'article 976, et parfois les tribunaux ont aussi étendu aux mentions du testament mystique ce que l'article 972 dit des mentions du testament par acte public. De là d'inévitables dissentiments dans l'application de la loi. Troplong dit que c'est la lutte du formalisme contre l'esprit d'équité, lequel attache plus d'importance à ce qui est vrai qu'à ce qui est solennel. La critique s'adresse à Merlin. Ce que Troplong appelle formalisme est plutôt, chez Merlin du moins, le respect de la loi. Quand la loi est sévère, l'interprète doit l'être également, il n'a pas le droit de se faire législateur, en modifiant, au nom de l'équité, ce qui dans la loi lui paraît d'une sévérité excessive. A un pareil relâchement nous préférerions le rigorisme le plus roide; il maintient du moins le respect de la loi. Dans l'espèce, nous croyons que la lutte entre le droit strict et l'indulgence n'a point de raison d'être; la loi est moins sévère, donc l'interprète aussi doit l'être moins.

409. L'article 976 dit que le testateur *présentera* le papier qui contient ses dispositions au notaire et à six témoins; le notaire en dresse acte. Est-ce à dire que le notaire doit se servir du mot *présenter*, ou d'un terme équipollent? On l'a prétendu, en confondant la mention de l'article 976 avec celle de l'article 972. L'acte porte que le testateur a *remis* son testament au notaire; là-dessus on se met à établir les différences qui existent entre les expressions *présenter* et *remettre*; on en conclut qu'il n'y a pas mention équipollente et que par suite le testament est nul. Heureusement que les tribunaux sont plus sages que les plaideurs : le testament a été validé (1). Il faut aller plus loin, il ne doit pas y avoir de terme équipollent au mot *présenter*; exiger un terme équipollent, c'est vouloir une mention *expresse*; or, la loi ne prescrit pas de mention expresse. C'est ce que la cour de cassation a décidé sur les conclusions contraires de Merlin. L'acte de sus-

(1) Rejet, 7 avril 1806 (Dalloz, n° 3274, 1°). Bruxelles, 15 juin 1814 (*Pasicrisie*, 1814, p. 112, et Dalloz, n° 3274, 2°).

cription du testament litigieux était conçu en ces termes : « Le testateur a dit et déclaré, devant nous notaire et témoins, que ce qui est contenu dans la présente feuille de papier marqué servant d'enveloppe est son testament clos, qu'il a dicté et fait écrire par nous notaire, et qu'il a signé avec nous à chaque fin de page ; lequel testament il a cacheté avec un ruban de soie bleue, en quatre endroits, du cachet de ses armes, sur cire rouge flamboyante. » Merlin soutint que cet acte ne contenait aucune mention de la présentation du testament, que par suite le testament était nul. Si la loi exigeait une mention expresse, Merlin aurait raison ; mais il suffit qu'il résulte implicitement de l'acte que le testament a été présenté. Or, dit la cour de cassation, l'acte constate que le testateur a cacheté son testament en présence du notaire et des témoins ; l'acte prouve encore qu'immédiatement après le testament est venu entre les mains du notaire, qui y a écrit l'acte de suscription. De là la cour conclut que l'acte est passé directement du testateur au notaire, et que par conséquent il a été présenté par le testateur lui-même. Dans un autre arrêt, la cour ajoute que la loi n'exige pas que le notaire mentionne l'observation de la formalité de la présentation ; qu'il suffit donc que l'on puisse induire des termes dont le notaire s'est servi dans l'acte de suscription, qu'en effet le papier contenant le testament lui a été présenté ainsi qu'aux témoins (1). Nous admettons le principe ; quant à l'application que la cour en a faite dans l'affaire où Merlin a pris la parole, elle nous paraît très-douteuse.

Si l'acte ne prouve pas que la présentation a eu lieu, il est nul, et par suite le testament aussi est nul. Il a été jugé que la mention suivante n'implique pas la présentation : le testateur déclare au notaire, en présence des témoins, que le papier contenu sous l'enveloppe était son testament. C'est la mention de la déclaration, dit la cour de Poitiers, ce n'est pas la mention de la présentation ;

(1) Rejet, chambre civile, 8 avril 1806, et Rejet, 22 mai 1817 (Dalloz, n°s 3275 et 3276) ; Merlin, *Répertoire*, au mot *Testament*, sect. II, § III, art. III, n° 13 (t. XXXIV, p. 28 et suiv.).

or, il faut au moins que le fait de la présentation puisse s'induire clairement du contexte de l'acte, de sorte qu'il n'y ait aucun doute que la présentation a eu lieu. C'est le vrai principe, et, à notre avis, la cour en a fait une juste application (1).

410. Il ne suffit pas de la présentation au notaire, il faut que le testament soit présenté aux témoins. La mention que la présentation a eu lieu en présence des témoins, ou les témoins présents, est-elle suffisante? Oui, et sans doute aucun. On a cependant demandé la nullité de ce chef; autre chose, a-t-on dit, est de présenter un testament aux témoins; autre chose est de le présenter au notaire en présence des témoins. Cela est vrai, et si la mention devait être expresse, il faudrait décider que la mention litigieuse n'est pas équipollente. Mais, dit la cour de Toulouse, la loi n'exige pas de mention expresse; il suffit que l'on trouve dans l'acte la preuve que la formalité de la présentation aux témoins a été remplie. Eh bien, dit la cour, quand l'acte constate que c'est *présents les témoins* que le testateur a présenté son testament au notaire, n'en résulte-t-il pas que le testament a été présenté aux témoins? Pourquoi les témoins sont-ils présents? Ils sont appelés pour assister à cette formalité : conçoit-on que six personnes soient présentes quand le testateur présente son testament au notaire et que ces six personnes restent étrangères à la présentation, qu'ils ferment les yeux et se bouchent les oreilles pour ne rien voir et ne rien entendre? C'est, au contraire, pour voir et entendre que les témoins sont présents; donc le testament qui est présenté en leur présence leur est présenté à eux (1).

411. Le testament doit être présenté *clos et scellé;* ou le testateur doit le faire *clore et sceller* en présence du notaire et des témoins (art. 976); il faut qu'il soit dressé acte de ce fait. Le notaire ne doit pas se servir des termes *clos et scellé,* cela est certain, ni même de termes équi-

(1) Poitiers, 28 mai 1824 (Dalloz, n° 3345). Comparez Rejet, 7 août 1810 (Dalloz, n° 3273).

(2) Toulouse, 6 mars 1817 (Dalloz, n° 3277, 4°). Comparez Turin, 5 décembre 1806 (Dalloz, n° 3304) et les autres arrêts cités par Dalloz, n° 3277.

pollents, pourvu qu'il résulte de l'acte que le testament était clos et scellé lorsqu'il a été présenté, ou qu'il a été clos et scellé en présence du notaire et des témoins. Tel est le principe. En fait il est difficile que l'acte fasse connaître l'accomplissement de cette formalité sans que le notaire se serve des termes de la loi ou de termes équivalents. Il a été jugé que la mention est suffisante quand elle porte que le testament a été présenté *cacheté*; en effet, ce terme implique tout ensemble la clôture et le scel; de plus il y a l'empreinte d'un cachet, donc l'acte est clos et scellé (1). En est-il de même si l'acte porte que le testament était *clos* et que lors de l'ouverture du testament on le trouve cacheté? La cour de cassation a jugé que cela répond au vœu de la loi (2). Nous croyons, au contraire, que cette décision dépasse la loi. La loi veut qu'il soit constaté, lors de la présentation de l'écrit que le testament était clos et scellé, afin de prévenir qu'un autre testament soit substitué à celui que le testateur a présenté. Qu'importe donc qu'à la mort du testateur on trouve le testament scellé? Le sceau ne peut-il pas avoir été mis postérieurement et après que l'on a substitué un autre écrit à la place de celui que le testateur avait présenté? Donc le vœu de la loi n'est pas rempli. Il est vrai que la garantie n'est pas complète; la loi aurait dû prescrire la mention de l'empreinte; mais comme elle ne l'a pas fait, l'interprète ne peut l'exiger. La jurisprudence est en ce sens (3), et la question n'est pas douteuse, malgré le dissentiment de Grenier. Il suffit donc que le notaire dise que le testament était clos et scellé. Quand cela ne résulte pas de l'acte et que l'acte ne dit pas que le testament a été clos et scellé en présence du notaire et des témoins, le testament est nul (4).

412. En présentant le papier clos et scellé qui con-

(1) Bruxelles, 15 juin 1814 (*Pasicrisie*, 1814, p. 112).
(2) Rejet, 23 juin 1824 (Dalloz, n° 3268). Les opinions des auteurs sont partagées (Demolombe, t. XXI, p. 370, n° 381).
(3) Bordeaux, 20 novembre 1833 (Dalloz, n° 3330). Bruxelles, 16 février 1848 (*Pasicrisie*, 1848, 2, 40).
(4) Rejet, 28 décembre 1812 (Dalloz, n° 3280).

tient ses dispositions, le testateur doit déclarer que le contenu en ce papier est son testament. La loi n'exigeant pas de mention expresse, il suffit qu'il conste de l'acte de suscription que le testateur a présenté le testament comme sien; la cour de cassation a jugé que le vœu de la loi est suffisamment rempli quand la déclaration prescrite se trouve implicitement énoncée dans l'acte de suscription (1). C'est l'application du principe que nous avons posé (n° 408); elle établit nettement la différence entre la mention expresse prescrite par l'article 972 et la simple constatation exigée par l'article 976.

La déclaration que le papier présenté contient le testament du défunt ne suffit point; l'article 976 veut que le testateur dise si le testament est écrit et signé de lui, ou s'il est écrit par un autre et signé de lui. Et le notaire en doit dresser acte. Cette déclaration doit aussi être constatée; s'il ne résulte pas de l'acte que le testament a été signé par le testateur, il y a nullité. Comme le dit très-bien la cour de Turin, la loi ne se contente pas du fait de la signature, elle exige une déclaration de la bouche du testateur faite au notaire et aux témoins; la preuve de la déclaration doit donc résulter de l'acte de suscription, à peine de nullité du testament (2). Il suffit qu'elle résulte implicitement de l'acte; il y a sur ce point une décision très-importante de la cour de cassation. L'acte de suscription portait : « Le testateur a présenté au notaire le présent testament, qu'il a fait écrire par une main de lui affidée et qu'il a signé. » La cour d'Agen jugea la mention suffisante, bien qu'il n'y fût pas parlé expressément d'une déclaration du testateur. Pourvoi en cassation; on invoqua le principe qui régit l'équipollence dans le cas de l'article 972; la clause, telle qu'elle était formulée, n'aurait pas autorisé une inscription en faux, quand même on aurait offert de prouver que la déclaration émanait, non du testateur, mais du notaire. La cour de cassation rejeta

(1) Cassation, 11 frimaire an VII, et Rejet, 15 juillet 1806 (Dalloz, nos 3282 et 3281).
(2) Turin, 1er février 1806 (Dalloz, n° 3283).

le pourvoi, et rejeta par conséquent le principe que le pourvoi invoquait (1).

Il faut aussi qu'il soit constaté par l'acte que le testateur a déclaré avoir écrit ou avoir fait écrire son testament par un tiers. La cour de Turin a jugé que cela résultait suffisamment de la déclaration, mentionnée à l'acte, que le testateur avait dicté son testament et l'avait signé lui-même (2).

413. Ici s'arrêtent les énonciations que doit faire le notaire dans l'acte de suscription. L'article 976 ajoute que cet acte sera écrit sur le papier qui contient les dispositions du testateur, ou sur la feuille qui servira d'enveloppe. Faut-il que l'acte mentionne ce fait? Non, la loi ne l'exige pas, et en matière de formalité, tout est de la plus stricte interprétation, parce que toute inobservation d'une formalité entraîne la nullité du testament. Le législateur aura pensé que l'écriture sur le papier ou sur l'enveloppe est un fait matériel qu'il était inutile de constater, parce qu'il se prouve par l'inspection du testament. C'est la remarque de la cour de Metz (3). La cour de Bruxelles en a conclu que si le notaire constate qu'il a écrit le testament sur le papier même, tandis qu'en réalité il est écrit sur l'enveloppe, l'acte est néanmoins valable, une énonciation inutile, quoique erronée, ne pouvant vicier le testament (4).

414. Le notaire doit écrire l'acte de suscription. Mais la loi n'exige pas qu'il en fasse mention. L'écriture par le notaire est cependant une formalité substantielle. Qui doit prouver que l'acte a été écrit ou n'a pas été écrit par le notaire? La cour de Toulouse dit que la présomption est que le notaire a écrit le testament. Il n'y a pas de présomption sans loi; il faut donc appliquer les principes généraux qui régissent la preuve. C'est à celui qui demande la nullité d'un acte à prouver le vice qui le rend nul (5).

(1) Rejet, 8 novembre 1832 (Dalloz, n° 3285).
(2) Turin, 5 décembre 1806 (Dalloz, n° 3304).
(3) Metz, 8 mars 1821 (Dalloz, n° 3305).
(4) Bruxelles, 9 août 1808 (Dalloz, n° 3306).
(5) Toulouse, 2 mai 1831 (Dalloz, n° 3298).

415. Aux termes de l'article 976, l'acte de suscription doit être signé tant par le testateur que par le notaire, ensemble par les témoins. Faut-il que le notaire fasse mention des signatures du testateur et des témoins? L'article 976 ne l'exige pas, et en cette matière, le silence de la loi est décisif. On a prétendu que l'article 14 de la loi de ventôse était applicable aux testaments. Nous avons examiné la question plus haut (1).

L'article 976 prévoit le cas où le testateur serait empêché de signer l'acte de suscription. « Si le testateur, par un empêchement survenu depuis la signature du testament, ne peut signer l'acte de suscription, il sera fait mention de la déclaration qu'il en aura faite, sans qu'il soit besoin, en ce cas, d'augmenter le nombre des témoins. » La loi dit : « Par un empêchement survenu depuis la signature du testament. » Si l'empêchement existait au moment où le testateur a fait écrire son testament, on se trouve dans le cas prévu par l'article 977 ; il faut alors appeler un septième témoin au testament. Mais si le testateur a signé son testament, et qu'un empêchement survenu depuis ne lui permette pas de signer l'acte de suscription, la loi n'exige pas un septième témoin, elle se contente de la déclaration que le testateur en aura faite. C'est le testateur qui doit déclarer qu'un empêchement le met dans l'impossibilité de signer; il serait assez naturel de dire quel est cet empêchement; cependant, la loi ne l'exigeant pas, le testateur peut se borner à déclarer qu'il ne peut pas signer. Le notaire doit faire mention de sa déclaration; il ne suffit pas que lui constate l'empêchement, une pareille mention serait nulle et entraînerait la nullité du testament (2).

V. *De l'unité de contexte.*

416. Après avoir dit que l'acte de suscription doit être signé par le notaire, le testateur et les témoins, l'arti-

(1) Voyez plus haut, nos 360 et 376, et, en sens divers, les auteurs cités par Demolombe, t. XXI, p. 376, n° 387.

(2) Coin-Delisle, p. 401, n° 40 de l'article 476. Demolombe, t. XXI, p. 374, n° 385.

cle 976 ajoute : « Tout ce que dessus sera fait de suite et sans divertir à autres actes. » C'est ce que, dans le langage de l'école, on appelle unité de contexte. Pourquoi la loi veut-elle que tout se fasse d'un seul contexte? Pour empêcher que dans l'intervalle où l'on ferait un autre acte on ne substitue un testament à celui qui a été signé par le testateur. L'article 976 explique ce que l'on entend par unité de contexte. Les diverses opérations qui constituent le testament doivent se faire de suite. Quelles sont ces opérations? Elles commencent par la présentation du testament au notaire et aux témoins, et elles finissent par la signature du testament. L'écriture du testament ne fait pas partie de ces opérations; l'article 976 ne la mentionne que pour constater que le testateur a signé le testament et l'a écrit ou fait écrire; et naturellement cela se fait hors la présence du notaire et des témoins, puisque le testament mystique est destiné à rester secret. Les opérations commencent donc par la présentation du testament, se continuent et se terminent dans une seule et même séance. La loi ajoute que dans cette séance unique on ne peut pas divertir à autres actes; le mot *acte* implique une affaire juridique, ou du moins une affaire quelconque. Rien n'empêche de suspendre un instant les opérations, soit pour permettre au notaire ou à un témoin de satisfaire un besoin physique, soit pour donner un peu de repos au malade, ou pour lui administrer un remède. C'est la décision des lois romaines, et le testament mystique nous vient de Rome (1).

417. Le notaire doit-il faire mention, dans l'acte de suscription, que tout a été fait de suite et sans divertir à autres actes? Non, la loi n'exige aucune mention de l'unité de contexte. Cela est décisif; il n'est pas permis aux juges, dit la cour de cassation, d'ajouter aux dispositions des lois, et surtout il appartient à la loi seule d'établir des nullités. La cour en conclut qu'il suffit que l'unité de contexte résulte clairement de l'acte (2). Pour mieux dire, il

(1) Demolombe, t. XXI, p. 377, nos 388 et 389, et les autorités qu'il cite.
(2) Rejet, 8 février 1820 (Dalloz, no 3230, 3o). La doctrine est dans le même sens (*ibid.*, no 3319).

suffit que l'acte n'indique aucune suspension pour prouver qu'il a été fait de suite et sans divertir à autres actes. C'est à celui qui prétend qu'il y a eu une suspension et que l'on a procédé à un autre acte, d'en faire la preuve.

N° 2. FORMES DU TESTAMENT MYSTIQUE QUAND LE TESTATEUR NE SIGNE PAS.

418. « Si le testateur ne sait signer, ou s'il n'a pu le faire lorsqu'il a fait écrire ses dispositions, il sera appelé à l'acte de suscription un témoin, outre le nombre porté à l'article 976, lequel signera l'acte avec les autres témoins. » On ne voit pas quelle garantie donne la présence de ce septième témoin. Il ne certifie pas que le testateur ne sait pas signer, ou qu'il n'a pu le faire (1); il est appelé au testament comme les six autres témoins, il y assiste comme eux et n'a pas d'autre mission à remplir. Qu'il y ait sept témoins au lieu de six, cela peut-il tenir lieu de la signature que le testateur n'a pas su ou pu apposer à son testament? On conçoit cependant que l'impossibilité de signer ne doive pas être un empêchement à ce que le testateur teste dans la forme mystique. Dans les testaments par acte public, la signature du testateur peut être remplacée par la déclaration qu'il fait de ne savoir ni pouvoir signer. Pourquoi n'en serait-il pas de même dans le testament mystique où intervient aussi un officier public qui peut constater la déclaration faite par le testateur qu'il n'a su ou pu signer? Il y a néanmoins un inconvénient particulier au testament mystique dans le défaut de signature, c'est qu'il est plus facile de supposer ou de substituer un testament non signé que de fabriquer un testament qui porte la signature du testateur. Mais le septième témoin ne remédie pas à cet inconvénient.

419. Faut-il une déclaration émanée du testateur et portant qu'il n'a su ou pu signer son testament? La loi n'exige pas de déclaration du testateur. C'est une différence entre le cas de l'article 977 et le cas prévu par la fin de l'article 976. Quand une cause survenue depuis la

(1) Rejet, 16 décembre 1834 (Dalloz, n° 3328).

signature de l'acte de suscription empêche le testateur de signer, c'est lui qui en doit faire la déclaration; tandis que si le testateur n'a pu ou n'a su signer son testament, la loi n'exige pas qu'il en fasse la déclaration. Il est difficile d'expliquer cette différence. La signature du testament est bien plus importante que la signature de l'acte de suscription; c'était une raison de se montrer plus sévère, au lieu de l'être moins (1).

420. La loi se contente d'une mention faite par le notaire; aux termes de l'article 976, il sera fait mention de la cause pour laquelle le septième témoin a été appelé, c'est-à-dire que le notaire déclarera que l'on a appelé un septième témoin parce que le testateur n'a su ou pu signer son testament. Il n'est pas nécessaire que le notaire indique la cause qui a empêché le testateur de signer ses dispositions; la loi l'exige dans le testament authentique (art. 973); elle ne l'exige pas dans le testament mystique. Il y a encore une autre différence entre les deux testaments : l'article 973 veut que la mention soit expresse; l'article 977 dit simplement que le notaire fait mention; il suffit donc que l'acte constate qu'il a été appelé un septième témoin et pourquoi on l'a appelé (2). La loi ne dit pas où la mention doit être placée. Puisque le septième témoin est *appelé à l'acte de suscription*, il est assez naturel qu'on mentionne la nécessité de sa présence au moment où les opérations du testament commencent. Toutefois la loi gardant le silence sur ce point, il ne saurait être question de nullité. Tout ce que l'on peut exiger, c'est qu'il résulte de l'acte qu'un septième témoin a été appelé et pourquoi on l'a appelé (3).

N° 3. FORMES DU TESTAMENT MYSTIQUE QUAND LE TESTATEUR NE SAIT PAS PARLER.

421. La forme ordinaire du testament mystique implique que le testateur sait et peut parler, puisqu'il doit

(1) Comparez Coin-Delisle, p. 407, n° 6 de l'article 977.
(2) Rejet, 3 janvier 1838 (Dalloz, n° 3330).
(3) Liége, 28 mars 1840 (*Pasicrisie*, 1840, 2, 89).

déclarer de vive voix que le papier qu'il présente est son testament. S'il ne peut parler, pourra-t-il faire un testament mystique? En théorie, la décision est bien simple : le testateur fera par écrit la déclaration qu'il ne peut faire oralement. Une déclaration écrite de la main du testateur en présence du notaire et des témoins est une garantie pour le moins aussi forte qu'une déclaration verbale constatée par le notaire. Cependant la loi ne s'en contente pas. L'article 979 exige le concours des conditions suivantes pour que le testateur qui ne peut parler puisse tester dans la forme mystique.

D'abord il faut que le testament soit entièrement écrit, daté et signé de sa main, c'est-à-dire que ce soit un testament olographe tout ensemble et mystique. Pourquoi le testateur doit-il écrire son testament en entier? On en cherche vainement une raison. C'est un des avantages du testament mystique qu'il peut être fait par celui qui ne sait ni écrire ni signer, ou qu'une maladie empêche d'écrire ou de signer son testament; pourquoi celui qui ne peut pas parler ne jouirait-il pas de cette faveur si, au moment où il teste, il peut écrire une ligne par laquelle il certifie que le papier qu'il présente est son testament? Il doit aussi dater son testament; on n'en voit aucune raison; pour en trouver une, on est obligé de recourir à la tradition; le point est trop peu important pour nous y arrêter (1).

La seconde condition est la seule qui soit rationnelle. Quoique le testateur ne puisse pas parler, il peut et il doit présenter son testament au notaire et aux témoins. La déclaration verbale est remplacée par une déclaration écrite : le testateur écrit au haut de l'acte de suscription, en présence du notaire et des témoins, que le papier qu'il présente est son testament. De plus le notaire doit faire mention dans l'acte de suscription que le testateur a écrit ces mots en présence de lui et des témoins. La loi exige une mention, parce que cette déclaration est la chose la plus essentielle du testament mystique.

(1) Coin-Delisle, p. 409, n° 3 de l'article 979. Duranton, t. IX, p. 158, n° 132. Demolombe, t. XXI, p. 384, n°s 402-405.

La loi ajoute : « Sera, au surplus, observé tout ce qui est prescrit par l'article 976. » Il en résulte que, dans ce cas, le testament sera tout ensemble olographe et mystique ; ce qui donne lieu à une grave difficulté que nous examinerons plus loin.

422. Qui peut tester dans cette forme? Le texte répond à la question : celui qui ne peut parler. La loi ne distingue pas si c'est par suite d'une maladie que le testateur a été privé de l'usage de la parole, ou s'il est né muet, ou sourd et muet. Cela répond à la question de savoir si les sourds et muets peuvent tester dans cette forme. L'affirmative est écrite dans le texte de la loi ; la jurisprudence et la doctrine l'ont consacrée (1). Bien entendu que le testateur doit non-seulement savoir écrire et signer, il faut aussi qu'il ait l'intelligence de ce qu'il fait. C'est le droit commun consacré par l'article 901. Nous renvoyons aux explications que nous avons données ailleurs (t. XI, n°s 125 et 126).

423. On suppose qu'au moment où le testateur fait ses dispositions il était frappé de paralysie et dans l'impossibilité de parler. Il recouvre ensuite l'usage de la parole. Dans quelle forme pourra-t-il tester? Il pourra tester dans la forme ordinaire établie par l'article 976 ; l'article 979 est inapplicable ; quand il dit que le testateur qui ne peut parler peut néanmoins tester dans la forme mystique, en observant les formalités qu'il prescrit, l'article 976 suppose qu'il ne peut parler au moment où il doit déclarer verbalement que le papier qu'il présente est son testament ; c'est pour venir en aide à son infirmité que la loi remplace la déclaration orale par une déclaration écrite. Mais à quoi bon écrire quand le testateur sait parler? On n'est plus dans le cas de l'exception, donc on rentre dans la règle. Par conséquent le testament serait valable, quoiqu'il n'eût pas été écrit par le testateur, ni daté, ni même signé, sauf à remplir, dans ce dernier cas, la formalité de l'article 976. La cour d'Orléans l'a jugé ainsi, et cela n'est

(1) Coin-Delisle, p. 409, n° 2 de l'article 979. Rejet, 30 juin 1844 (Dalloz, n° 231). Bruxelles, 16 février 1822 (*Pasicrisie*, 1822, p. 59) ; Liége, 22 février 1826 (*ibid.*, 1826, p. 59).

pas douteux (1). Il n'est pas nécessaire que le testateur puisse parler au moment où il fait écrire ses dispositions; s'il peut manifester sa volonté par signes, aucune loi, aucun principe ne s'opposent à ce qu'il teste dans la forme mystique.

N° 4. CONDITION GÉNÉRALE.

424. L'article 978 porte : « Ceux qui ne savent ou ne peuvent lire ne pourront faire de dispositions dans la forme du testament mystique. » Qu'entend-on, dans cet article, par savoir ou pouvoir *lire?* La loi veut que le testament soit écrit par le testateur ou un tiers; d'ordinaire le testateur fait écrire ses dispositions par un tiers; il faut qu'il sache et puisse lire cet écrit pour qu'il puisse s'assurer que le rédacteur a rendu exactement ses dernières volontés, et pour qu'il puisse le présenter au notaire et aux témoins comme contenant son testament. Donc par savoir *lire* la loi entend savoir lire l'écriture à la main. C'est l'opinion des auteurs anciens et modernes; elle est fondée sur la nature des choses (2).

Il suit de là que celui qui n'a jamais appris à lire ne peut pas faire un testament mystique. Il en serait de même de celui qui a su lire, mais qu'une infirmité physique empêcherait de lire : tels sont les aveugles quand la cécité est complète (3). Le grand âge amène un affaiblissement de la vue et par suite une difficulté plus ou moins grande de lire. On s'en est prévalu pour attaquer les testaments mystiques; les tribunaux ont toujours repoussé ces actions téméraires; il ne suffit pas que le testateur éprouve de la difficulté à lire pour qu'il soit incapable de tester dans la forme mystique, il faut qu'il soit dans l'impossibilité absolue de lire. Il suffit, dit la cour de Gand, qu'il sache et puisse lire, de manière à pouvoir vérifier l'écriture de celui dont il a employé la main, quand même cette véri-

(1) Orléans, 17 juillet 1847 (Dalloz, 1848, 2, 165).
(2) Voyez les auteurs cités par Dalloz, n° 3232, et par Demolombe, t. XXI, p. 380, n° 393.
(3) Coin-Delisle, p. 408, n° 4 de l'article 978; Dalloz, n° 3229, et les auteurs qu'ils citent.

fication exigerait de sa part une attention toute spéciale et un temps plus ou moins long (1). La difficulté de lire engage souvent les vieillards à se faire lire les lettres ou les écrits qui les intéressent, mais ce fait ne prouve pas que le testateur se trouve dans l'impossibilité de lire, et c'est cette impossibilité seule qui constitue l'incapacité établie par l'article 978 (2).

425. L'application de l'article 978 a donné lieu à une difficulté sur laquelle il y a de vives controverses. Suffit-il que le testateur sache et puisse lire, ou faut-il aussi que de fait il ait lu le testament qu'il présente comme sien au notaire et aux témoins? Le texte décide la question. En effet, la loi ne dit pas que le testateur doit lire son testament, elle n'exige pas qu'il affirme devant le notaire et les témoins qu'il l'a lu; tout ce qu'elle veut, c'est que le testateur sache et puisse lire, afin qu'il soit à même de vérifier, au moment où le testament est écrit, que l'acte exprime ses volontés, et que lors de la présentation du testament, il soit en état de s'assurer que l'écrit qu'il présente est bien celui qui renferme ses dernières dispositions. Aller plus loin, c'est ajouter à la loi, et l'interprète peut-il créer des formalités dont l'inobservation entraînerait la nullité?

L'opinion contraire a été soutenue dans une consultation délibérée par trois professeurs de la faculté de droit de Toulouse, avis auquel MM. Demolombe et Valette ont donné leur adhésion (3). On dit que la lecture est la seule garantie qui assure l'exactitude de la déclaration du testateur : comment peut-il affirmer que l'écrit qu'il présente est le sien s'il ne l'a pas lu? Notre réponse est celle que nous avons faite bien des fois aux arguments que l'on puise dans les inconvénients auxquels donne lieu l'application littérale de la loi. Ces arguments sont à l'adresse du législateur; l'interprète n'en peut tenir aucun compte,

(1) Gand, 19 avril 1847 (*Pasicrisie*, 1848, 2, 78). Le même arrêt se trouve dans la *Pasicrisie*, 1847, 2, 136.
(2) Bruxelles, 4 novembre 1869 (*Pasicrisie*, 1871, 2, 23). Comparez Paris, 30 novembre 1866 (Dalloz, 1867, 5, 435).
(3) Voyez la note de l'arrêtiste (Dalloz, 1865, 2, 209).

il doit prendre la loi telle qu'elle est. Est-il bien vrai d'ailleurs qu'il n'y a d'autre garantie pour la vérité de la déclaration que la lecture? La cour de Pau, devant laquelle la question s'est présentée, dit très-bien que la faculté qu'a le testateur de lire le testament écrit par un tiers est une garantie morale qui équivaut à une certitude complète; celui qui a fait écrire le testament pouvant à tout moment s'assurer, en le lisant, si le tiers a rendu fidèlement sa pensée, comment le rédacteur oserait-il écrire autre chose que ce que le testateur lui dicte? Dans l'espèce, il y avait une circonstance qui semblait militer contre le testament. Il était constant que le testateur s'était fait lire l'écrit qu'il avait dicté à un notaire, et qu'il n'en avait pas pris lui-même lecture. Qu'importe? dit la cour. Est-ce que cela empêchait le testateur de se faire représenter à chaque instant son testament et de le lire? S'il ne l'a pas lu, c'est que le testament avait été écrit par un ami, un notaire estimé et éprouvé par de longues relations. Cette garantie morale suffisait au testateur; de quel droit l'interprète exigerait-il une garantie matérielle que la loi ignore?

C'est, dit-on, tester par mandataire. Voilà un de ces arguments qui font bonne figure dans une consultation, mais qui s'évanouissent quand on les considère de près. Quoi! le défunt teste par mandataire, alors que c'est lui qui dicte, que tout émane de sa volonté, que le notaire n'est qu'un instrument passif, une main qui écrit ce que le testateur veut! Et on appelle cela un mandat! Nous croyons inutile de continuer cette discussion. L'arrêt de la cour de Pau, très-bien rédigé, répond à toutes les raisons bonnes et mauvaises que les demandeurs en nullité faisaient valoir (1). Sa décision a été confirmée par la cour de cassation (2).

426. La condition prescrite par l'article 978 donne

(1) Pau, 3 juillet 1865 (Dalloz, 1865, 2, 209).

(2) Rejet, 7 mai 1866 (Dalloz, 1866, 1, 231). Comparez Rejet, 22 juin 1852 (Dalloz, 1853, 1, 107) et 27 mai 1868 (Dalloz, 1868, 1, 496). Il y a un arrêt dans le même sens de la cour de Gand, du 15 juin 1839 (*Pasicrisie*, 1839, 2, 109, et Dalloz, n° 3231, 1°).

encore lieu à une autre difficulté. On demande qui doit prouver que le testateur pouvait ou ne pouvait pas lire? Le débat porte d'ordinaire sur le *pouvoir* et non sur le *savoir*, et la preuve est très-difficile, car il s'agit de prouver que le testateur était dans l'impossibilité absolue de lire, quoiqu'il sût lire; ou il faut prouver que, malgré le grand âge, les infirmités et l'affaiblissement de la vue, le testateur conservait la faculté de vérifier l'écriture. On lit dans un arrêt de la cour de cassation : « Quand toutes les formalités prescrites par les articles 976 et 977 pour la validité des testaments mystiques ont été observées, la *présomption* est que le testateur, avant de présenter au notaire le papier qu'il a déclaré être son testament, s'est assuré que ce papier contenait en effet ses dernières volontés; cette *présomption* ne cesse que quand le testateur ne sait ou ne peut lire (1). » Les présomptions jouent un grand rôle dans la jurisprudence, tandis que dans le code elles ne figurent qu'à titre d'exception : les présomptions légales sont peu nombreuses, et sans texte il n'y a pas de présomption. Quant aux présomptions de l'homme, la loi ne les admet que dans les cas rares où la preuve testimoniale est reçue. Les cours, au contraire, s'emparent de toute probabilité pour la transformer en présomption. Il est sans doute probable que le testateur a lu son testament, mais pour que cette probabilité fût une présomption, il faudrait une disposition de la loi; or, de texte il n'y en a pas. Il faut donc laisser là les présomptions et s'en tenir aux principes généraux qui régissent les preuves.

Au fond, la cour de cassation a raison, mais sa décision est mal motivée. A quoi bon imaginer des présomptions quand les principes généraux suffisent? La cour dit très-bien, dans l'arrêt de 1866, que celui qui demande la nullité d'un testament mystique, en alléguant que le testateur ne pouvait lire ou n'a pas lu, n'invoque pas l'inobservation d'une forme substantielle; l'on suppose, au contraire, que toutes les formes ont été observées. Il y a donc un testament dont le légataire peut se prévaloir; si l'hé-

(1) Rejet, 22 juin 1852 (Dalloz, 1853, 1, 107).

ritier soutient que le testament est nul, parce que le testateur ne savait pas ou ne pouvait pas lire, ou n'a pas lu, il doit en faire la preuve, parce que la preuve incombe toujours au demandeur (1).

Les auteurs sont tout aussi prodigues de présomptions que les tribunaux. Ecoutons Furgole : « Si le testateur avait su lire autrefois et qu'il ne le pût pas lors de la disposition, c'est à celui qui fonde la nullité sur le défaut de pouvoir lire à prouver le fait, à moins que l'acte ne la justifiât, parce que l'aveuglement ou l'affaiblissement de la vue est un événement contraire à l'état naturel. » Ainsi il est contraire à la nature que les yeux comme tous nos organes s'affaiblissent avec l'âge! Furgole continue: « Que si la nullité est opposée de ce que le testateur ne savait pas lire, ou bien le testament ou l'acte de suscription justifie que le testateur savait lire, comme s'il est dit qu'il a lu sa disposition, ou s'il y a une *présomption*, comme si le testateur a signé, ce qui peut faire *présumer* qu'il savait lire, celui qui attaque le testament doit être chargé de la preuve. » Ainsi l'on doit présumer que celui qui sait tracer quelques lettres sait lire! Enfin, dit Furgole, « s'il n'y a aucune présomption que le testateur sache lire, l'héritier qui soutient le testament doit être chargé de prouver le fait affirmatif, parce que *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat* (2). » Ainsi on rejette la preuve sur le défendeur : de quel droit? En vertu d'un adage que notre code ne connaît point. Que Furgole l'ait ainsi décidé, cela se comprend, puisqu'il vivait dans un pays de droit écrit. Mais les auteurs modernes qui approuvent sa doctrine oublient que nous avons un code, que ce code dit que la preuve incombe au demandeur, sans distinguer s'il s'agit d'un fait négatif ou d'un fait positif. Que de controverses on s'épargnerait si on laissait là les vieux adages et le droit romain pour s'en tenir au code civil!

427. Le notaire dit dans l'acte de suscription que le testateur a lu le testament; l'héritier sera-t-il néanmoins

(1) Rejet, 7 mai 1866 (Dalloz, 1866, 1, 232).
(2) Furgole, t. I, chap. II, sect. III, p. 79, n° 29, suivi par tous les auteurs Dalloz, n° 3224).

admis à la preuve que le testateur ne pouvait pas lire? Il a été jugé que cette déclaration ne fait pas preuve du fait, qu'elle équivaut tout au plus à des présomptions, lesquelles peuvent être combattues et détruites par des preuves directement contraires. La cour de Bordeaux aurait dû dire que cette déclaration ne fait aucune preuve; le notaire n'a ni mission ni qualité pour déclarer que le testateur a lu le testament. Dans l'espèce, on invoquait aussi les signatures apposées par le testateur comme prouvant qu'il pouvait lire; la cour a rejeté cette prétendue preuve par la considération décisive que l'apposition d'une signature est chose facile pour un homme qui a su écrire, même quand il a perdu la vue (1). Si la cour juge en fait que le testateur pouvait lire, en invoquant des écrits authentiques, sa décision est souveraine; en effet, la question de savoir si le testateur pouvait lire est essentiellement une question de fait, et partant c'est au juge du fait de la décider (2).

Nº 5. NULLITÉ DU TESTAMENT MYSTIQUE.

428. Les formalités du testament mystique sont prescrites à peine de nullité, comme les formalités de tous les testaments (art. 1001). Mais la nullité du testament mystique présente une difficulté spéciale. Quand une formalité prescrite pour le testament olographe et le testament par acte public n'a pas été remplie, il n'y a point de testament. On ne peut pas appliquer l'article 1318, aux termes duquel l'acte qui n'est point authentique par l'incompétence ou l'incapacité de l'officier, ou par un défaut de forme, vaut comme écriture privée s'il a été signé des parties; cette disposition ne s'applique qu'aux actes non solennels pour la validité desquels la simple signature suffit. Or, le testament est un acte solennel; nul comme authentique, il ne peut pas valoir comme testament olographe, puisque le testament olographe doit être écrit en entier de la main du testateur, ce qui est impossible pour le

(1) Bordeaux, 2 avril 1858 (Dalloz, nº 3230, 5º).
(2) Rejet, 11 avril 1811 et 6 messidor an XII (Dalloz, nº 3230, 1º et 2º).

testament authentique, puisque ce testament doit être écrit par le notaire. Il en est autrement du testament mystique. Le testateur peut l'écrire, le dater et le signer; voilà un testament olographe. Il y a même un cas dans lequel le testateur doit écrire, dater et signer le testament qu'il veut faire dans la forme mystique, c'est quand il ne peut pas parler (art. 979). Si le testament est nul comme mystique, vaudra-t-il comme testament olographe?

La question, controversée sous l'ancien droit, l'est encore sous l'empire du code. Nous n'y voyons pas le moindre doute. Dans le cas prévu par l'article 979, le testament est tout ensemble olographe et mystique, et ce que la loi commande, le testateur peut le faire, si tel est son bon plaisir : il peut cumuler, si cela lui convient, les formes des deux testaments, en donnant à son testament olographe l'effet du testament mystique. Le testament cesse-t-il pour cela d'être olographe? Non, certes, car l'article 970 reste applicable; l'acte réunissant toutes les conditions requises pour le testament olographe, pourquoi ne vaudrait-il pas comme tel? Puisque l'on aime les vieux adages, nous en citerons un qui est l'expression du bon sens : *Quod abundat, non vitiat*. Le testateur, après avoir fait un testament olographe, veut lui assurer les avantages du testament mystique : date certaine et garantie de conservation. Il se trouve que le testament est nul comme mystique. Soit; il était valable comme testament olographe, il restera valable comme tel. Cela suffit pour décider la question, si question il y a.

Qu'objecte-t-on dans l'opinion contraire? Que le testateur a voulu faire un testament mystique, que ce testament est nul, et ce qui est nul ne peut produire aucun effet. Il est vrai que l'annulation d'un acte l'anéantit, comme s'il n'avait jamais existé. Mais ce principe s'applique au fait juridique qui est vicié, il ne s'applique pas à l'écrit : l'article 1318 prouve, au contraire, qu'un acte peut être nul dans la forme que les parties ont eu en vue et valoir néanmoins sous une autre forme. Cela est vrai à plus forte raison du testament que le testateur fait d'abord dans la forme olographe; il est valable comme tel; pourquoi de

valable qu'il était deviendrait-il nul, parce que le testateur a voulu y ajouter les formes du testament mystique et qu'il se trouve un vice dans ces formes?

C'est, dit-on, que le testateur a voulu faire, non un testament olographe, mais un testament mystique; or, ce qu'il a voulu est nul. L'argument paraît logique, mais l'apparence logique cache un non-sens. Quoi! le testateur tient tant à la forme mystique, qu'il préfère voir ses dispositions annulées plutôt que de les voir validées comme testament olographe! Si telle était réellement l'intention du testateur, la question serait par là même tranchée. Mais nous attendons toujours la preuve que cette absurdité soit jamais entrée dans la tête d'un homme qui veut tester sérieusement. Un arrêt de la cour d'Aix nous fait connaître la vraie volonté du testateur; il écrit, date et signe ses dispositions; voilà un testament olographe parfaitement valable; le lendemain, il y ajoute la forme mystique, en déclarant expressément qu'il veut que ses dispositions vaillent *omni meliore modo*, c'est-à-dire que peu lui importe dans quelle forme son testament vaudra, pourvu qu'il vaille (1). Ce sera à celui qui prétendra que le testateur a eu la volonté absurde de préférer la forme au fond d'en faire la preuve.

La jurisprudence se prononce en ce sens (2). Il y a un arrêt contraire de la cour de Poitiers. Le seul motif d'une apparence juridique que nous y ayons trouvé, c'est que la forme d'un testament est indivisible; elle ne peut être tout ensemble olographe et mystique : nul comme mystique, le testament sera nul pour le tout (3). L'indivisibilité joue dans les arrêts un aussi mauvais rôle que les présomptions. Si la cour s'était rappelé l'article 1318, elle n'aurait pas parlé de l'indivisibilité de la forme. Sans doute, le testament mystique, comme tel, ne peut être tout ensemble nul et valable, nul pour une partie, valable pour l'autre; il n'est pas besoin d'invoquer le principe de l'in-

(1) Aix, 18 janvier 1808 (Dalloz, n° 2110, 1°).

(2) Nîmes, 30 mai 1823; Rejet, 23 décembre 1828 (Dalloz, n° 3344, 1° et 3°).

(3) Poitiers, 28 mai 1824 (Dalloz, n° 3345).

divisibilité pour prouver que quand un acte est nul dans sa substance, il est nul pour le tout. Mais autre est la question de savoir si l'écrit qui peut valoir sous plusieurs formes est valable dans l'une de ces formes, quoiqu'il soit nul en une autre forme. L'article 1318 répond à la question, et il consacre la réponse du bon sens.

Les auteurs, après quelque hésitation, se sont aussi prononcés pour la validité du testament (1). Nous croyons inutile de discuter tout ce qui a été écrit sur une question qui, à notre avis, n'en est pas une. On invoque des présomptions puisées dans des textes du Digeste qui n'ont rien de commun avec notre droit moderne. Les Romains ne connaissaient pas le testament olographe comme testament de droit commun; dès lors la question ne pouvait pas se présenter telle qu'elle se présente aujourd'hui. Quant à des arguments d'analogie, nous ne voyons pas pourquoi on les va chercher dans une législation qui n'est plus la nôtre, alors que les plus simples notions de droit et un texte formel, l'article 1318, décident la difficulté (2).

429. Il ne faut pas confondre avec l'hypothèse que nous venons d'examiner des hypothèses analogues en apparence, mais très-différentes en réalité. Le testateur fait son testament dans la forme olographe; il le remet en dépôt à un notaire. Celui-ci dresse acte du dépôt en présence de six témoins. Le nombre des témoins semble indiquer un testament mystique; mais le testateur n'entendait pas faire un testament dans cette forme, et le notaire savait qu'il ne suffit pas de recevoir le dépôt d'un acte en présence de six témoins pour qu'il y ait testament mystique; si aucune des formalités spéciales de cette manière de tester n'a été remplie, cela prouve que personne ne songeait à faire un testament mystique. Reste un testament olographe valable comme tel, quelles que soient les irrégularités de l'acte de dépôt (3).

(1) Voyez les témoignages dans Aubry et Rau, t. V, p. 527, note 30; Dalloz, n° 3337, et Demolombe, t. XXI, p. 391, n° 409.

(2) La cour de Dijon répond aux objections puisées dans le droit romain (arrêt du 28 février 1827, dans Dalloz, n° 3344, 3°).

(3) Liége, 7 mars 1818 (*Pasicrisie,* 1818, p. 54). Rejet, 6 juin 1815 (Dalloz, n° 3339).

On trouve parmi les papiers du défunt une enveloppe non cachetée ayant pour suscription ces mots : « Ici sont contenues mes dernières volontés, en forme de testament *mystique* ou *secret*, selon que la loi le permet. » Dans le préambule, le testateur dit : « Je fais mon testament écrit de ma main, contenant mes dispositions de dernière volonté en la manière suivante pour avoir lieu à titre ou sous la forme de testament *mystique* ou *secret*. » Aucune des formes du testament mystique n'a été observée. De là la question de savoir si le testament écrit, daté et signé de la main du testateur peut valoir comme olographe. Le premier juge décida que le testateur avait donné une fausse qualification à son testament en l'appelant mystique, et qu'il entendait faire un testament olographe, qui est aussi un testament secret. La cour de Bruxelles valida le testament par le motif que les formes prescrites pour le testament olographe avaient été remplies (1).

N° 6. FORCE PROBANTE DU TESTAMENT MYSTIQUE.

430. Le testament mystique se compose de deux parties très-distinctes, l'acte de suscription et l'écrit qui contient les dispositions du testateur. Nous disons que ces deux actes sont distincts. Au point de vue de la force probante, cela nous paraît évident ; l'écrit qui contient les dispositions du testateur est l'œuvre d'un particulier, donc un acte sous seing privé ; tandis que l'acte de suscription est l'œuvre d'un officier public, donc un acte authentique. La question n'est pas douteuse quant à la foi que fait l'acte de suscription ; on applique les principes généraux qui régissent l'acte authentique. Il fait foi jusqu'à inscription de faux des formalités que le notaire a mission d'accomplir et de constater. Ainsi l'acte de suscription a date certaine, et il imprime cette date au testament ; la date est certaine en ce sens que la vérité en est prouvée jusqu'à inscription de faux. Il est encore prouvé jusqu'à inscription de faux que le testateur a présenté un écrit clos

(1) Bruxelles, 11 mars 1815 (*Pasicrisie*, 1815, p. 322)

et cacheté au notaire et aux témoins; c'est un fait matériel qui se passe en présence du notaire et que le notaire a mission de constater. Quant à la déclaration que le testateur fait que l'écrit qu'il présente contient ses dispositions signées de lui et écrites par un autre ou par lui, il faut distinguer. Toute déclaration renferme un fait matériel et un fait moral. Le fait matériel est constaté par le notaire comme s'étant passé devant lui, et il a mission d'en dresser acte; il est donc prouvé jusqu'à inscription de faux que le testateur a fait la déclaration telle qu'elle est consignée à l'acte de suscription. Il n'en est pas de même de la vérité de la déclaration; l'officier public n'a ni qualité ni capacité pour s'en assurer, la loi ne peut donc pas lui donner mission de la constater. En réalité, il ne la constate jamais; voilà pourquoi les déclarations reçues par le notaire ne font foi de leur vérité que jusqu'à preuve contraire (n° 381). Il sera donc prouvé jusqu'à inscription de faux que le testateur a déclaré que l'écrit qu'il présente contient ses dispositions, que cet acte est signé de lui, qu'il est écrit par lui ou par un autre. Mais on peut contester la vérité de ces déclarations par toute preuve légale, sans s'inscrire en faux. Ce dernier point est très-controversé, comme nous allons le dire en parlant de la force probante de l'écrit qui contient les dispositions du testateur.

431. Que l'écrit contenant les dernières dispositions du testateur soit un écrit sous seing privé par lui-même, cela n'est point douteux. Le testament olographe, quoique écrit tout entier, daté et signé de la main du testateur (n° 229), est un acte sous seing privé; à plus forte raison en est-il de même du testament mystique qui d'ordinaire n'est pas écrit par le testateur, qui ne porte que sa signature, qui peut même ne pas être signé de lui. La question est de savoir si un écrit sous seing privé devient authentique par la déclaration que le testateur fait devant un notaire et six témoins, déclaration portant qu'il a signé cet acte, ou qu'il l'a fait écrire par un autre sans le signer. L'article 1317 répond à notre question. Il définit l'acte authentique celui qui a été reçu par officiers publics avec

les solennités requises. Est-ce un officier public qui reçoit l'écrit signé par le testateur? Non; le notaire ne reçoit que l'acte de suscription. Est-ce que la déclaration constatée dans un acte que l'écrit est signé du testateur donne l'authenticité à la signature, ainsi qu'à l'acte même, si le testateur a déclaré l'avoir écrit? Nous répondons : Non, sans hésiter, la loi à la main. Pour que l'acte soit authentique, aux termes de l'article 1317, il faut qu'il soit *reçu* par un officier public. Or, qu'est-ce que le notaire reçoit dans le testament mystique? Il reçoit uniquement la déclaration que lui fait le testateur d'avoir signé ou écrit l'acte. Quelle est la force probante de cette déclaration? Nous venons de le dire, et cela est élémentaire. Le principe n'est point douteux, et la loi n'y a pas dérogé en ce qui concerne la force probante du testament mystique. Cela encore n'est point douteux, ce qui décide notre question. Il est donc prouvé jusqu'à inscription de faux que le testateur a déclaré avoir signé ou écrit l'acte; mais on peut, par toute preuve contraire, prouver que la signature ou l'écriture n'émanent point du testateur.

Cette conséquence est aussi en harmonie avec la notion de l'inscription de faux. Que suppose cette inscription? Qu'il y a un faux. Or, quand le notaire constate la déclaration faite par le testateur d'avoir signé ou écrit le testament et que les héritiers soutiennent que le défunt n'a pas signé ni écrit le testament, accusent-ils le notaire d'avoir commis un faux? Il y aurait faux si le notaire, en constatant la déclaration, affirmait que la signature et l'écriture sont réellement du testateur; mais il n'affirme pas cela, et il ne peut pas l'affirmer. Est-ce qu'il a vu le testateur signer ou écrire son testament? et constate-t-il ce qu'il a vu? Non, il a entendu le testateur déclarer qu'il a signé ou écrit ses dispositions, et il constate ce qu'il a entendu. Mais cette déclaration peut être mensongère ou erronée; le testateur peut sciemment déclarer qu'il a signé, alors qu'il n'a point signé; il peut aussi s'être trompé en faisant sa déclaration. Est-ce que le mensonge et l'erreur vont être une vérité prouvée jusqu'à inscription de faux? En un mot, il ne peut être question d'une inscrip-

tion de faux, alors que ceux qui attaquent l'acte ne prétendent pas que le notaire ait commis un faux, ni que l'acte ait été falsifié. Donc les héritiers n'ont pas besoin de s'inscrire en faux pour prouver que la signature ou l'écriture ne sont pas du testateur, il suffit qu'ils demandent la vérification d'écriture (1).

Les éditeurs de Zachariæ donnent encore un autre motif à l'appui de cette opinion qu'ils partagent. Quand il s'agit d'exécuter un testament, le code distingue entre le testament public et le testament olographe. Le testament public est exécutoire comme tout acte authentique; le testament olographe n'étant pas exécutoire, puisque c'est un acte sous seing privé, la loi veut qu'il soit présenté au président du tribunal qui en ordonne le dépôt, puis que le légataire se fasse envoyer en possession par une ordonnance du président (art. 1007 et 1008). Eh bien, la loi assimile en tout le testament mystique au testament olographe; donc elle le considère comme un acte sous seing privé, et non comme un acte authentique. On objecte qu'il y avait une raison particulière de soumettre le testament mystique à certaines précautions, afin de constater l'état du testament, son intégrité, ou, s'il y a lieu, la rupture des sceaux (2). Cela est vrai, mais la loi ne se contente pas de ces mesures communes aux testaments olographes, elle met en tout le testament mystique sur la même ligne que le testament olographe, elle exige une ordonnance du président pour l'envoi en possession du légataire; cette ordonnance implique que le testament mystique n'est pas plus exécutoire que le testament olographe, donc il n'est pas authentique; il reste, malgré l'acte de suscription, ce qu'il était, un acte sous seing privé.

432. M. Demolombe avoue que les arguments que nous venons de développer sont graves. Il est certain que les motifs que l'on donne pour l'opinion contraire sont d'une faiblesse extrême. Nous avons dit plus d'une fois

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 528 et note 31, § 671. Dalloz, n° 3288.
(2) Demolombe, t. XXI, p. 396, n° 411.

qu'il règne dans la doctrine une incertitude déplorable en ce qui concerne la force probante des actes. On va voir que les notions les plus élémentaires sont méconnues par des auteurs de premier rang. Merlin demande si le testament mystique fait foi jusqu'à inscription de faux de la vérité de la signature que le testateur déclare y avoir mise. Il répond que l'affirmative est tellement évidente, qu'il n'aurait pas même posé la question si elle n'avait fait l'objet d'un débat très-sérieux devant la cour de Bruxelles. Merlin rapporte l'arrêt et ne dit rien à l'appui, comme si la chose était plus claire que la lumière du soleil. Que nos lecteurs en jugent (1).

Duranton dit que la déclaration du testateur reçue par le notaire imprime *en quelque sorte* l'authenticité à l'écrit (2). Il y a donc une authenticité *en quelque sorte,* et cette *quasi* authenticité a le même effet que l'authenticité véritable! Si l'on bannissait du langage sévère de notre science ces locutions vagues qui ont l'air d'être des arguments et qui ne sont que des mots vides de sens! Que ceux-là surtout qui écrivent pour la jeunesse se gardent de ces semblants de raison, afin que la jeunesse n'apprenne pas à se payer de mots; ce qui serait la ruine du droit, comme de toute science. L'écrit qui contient les dispositions du testateur est un écrit sous seing privé : la déclaration du testateur reçue par le notaire change-t-elle la nature de cet acte? Oui, dit Duranton, car elle équivaut pour le moins à un acte de dépôt; or, l'on a toujours admis et jugé que le dépôt d'un acte sous seing privé constituant une hypothèque, lui donnait un caractère authentique; à plus forte raison en doit-il être ainsi d'une déclaration reçue par notaire. L'auteur confond deux actes d'une nature essentellement diverse. Ce qu'il appelle acte de dépôt est à vrai dire un acte de reconnaissance, c'est l'expression dont se sert notre-loi hypothécaire (n°230); or, un acte de reconnaissance est toute autre chose que la déclaration dont parle l'article 976 : la partie qui reconnaît un acte en re-

(1) Merlin, *Répertoire,* au mot *Testament,* sect. II, § III, art. III, n° 29 (t. XXXIV, p. 68).
(2) Duranton, t. IX, p. 168, n° 146.

produit la substance dans sa reconnaissance; le notaire qui reçoit l'acte de reconnaissance reçoit donc la disposition même qui y est contenue, et lui imprime naturellement l'authenticité. Tandis que le notaire qui reçoit la simple déclaration d'un fait, n'imprime l'authenticité qu'au fait matériel de la déclaration. Dans l'acte de reconnaissance, l'écrit sous seing privé reconnu est absorbé par l'acte authentique et se confond avec lui. La déclaration faite par celui qui teste dans la forme olographe laisse subsister l'écrit sous seing privé comme un écrit distinct de l'acte de suscription, le notaire ne constate ni disposition, ni signature, il ne peut donc donner l'authenticité ni à la signature, ni aux dispositions. Enfin Duranton demande pourquoi le testament mystique vaut comme tel, bien qu'il ne soit pas même signé du testateur, ni écrit par lui? Nous répondons que c'est là une forme toute particulière de tester admise par la loi. On n'en peut certes pas conclure que le testament ainsi fait devient authentique, alors qu'il n'y a ni signature, ni écriture.

Vazeille, pour tout argument, se borne à dire que cela est très-évident (1). C'est une affirmation, mais la preuve où est-elle? Si nous nous bornions à dire que cela est si peu évident, que c'est une erreur, nous ferions une affirmation contraire, et une affirmation vaut l'autre. En droit, on n'affirme pas, on prouve. M. Demolombe reconnaît qu'il n'est pas facile de répondre à l'argument de principe que nous avons fait valoir. En effet, il n'y répond pas : est-ce répondre que de dire que le législateur a entendu imprimer le caractère d'authenticité à la déclaration personnelle du testateur, que c'est pour cela qu'il l'a entourée d'une solennité spéciale qui consiste dans la présence d'un grand nombre de témoins (2)? *Le législateur a entendu!* Le législateur parle par des textes; où est le texte qui dit ce que M. Demolombe fait dire aux auteurs du code civil? Il y a un texte tout contraire, c'est l'article 1008. Et qu'est-ce que le nombre de témoins a de commun avec la preuve

(1) Vazeille, t. II, p. 493, n° 23 de l'article 976. Comparez Toullier, t. III, 1, p. 286, n° 501.
(2) Demolombe, t. XXI, p. 396, n° 411.

résultant de la déclaration faite devant eux? Je ferais une déclaration devant cent témoins, que la déclaration constatée par l'officier public ne prouverait rien, sinon qu'elle a été faite; et les cent témoins ne pourraient pas affirmer autre chose, sinon qu'ils ont entendu faire cette déclaration. Supposons que l'acte que le testateur déclare avoir écrit et signé est à la vérité écrit par lui, mais non signé; est-ce que la déclaration faite devant cent témoins prouvera qu'il y a une signature, alors qu'il n'y en a pas? Eh bien, elle ne prouve pas davantage la vérité de la signature.

Troplong insiste aussi sur le nombre de témoins. Un simple contrat, dit-il, passé devant un notaire et deux témoins est un acte authentique; à plus forte raison en doit-il être ainsi du testament mystique qui exige le concours d'un notaire et de six témoins au moins. Quel raisonnement! Si le simple contrat reçu par un notaire fait foi, c'est que le notaire constate la signature pour avoir vu signer les parties; quant aux déclarations faites par les parties, quoique constatées par l'officier public, elles ne font foi que jusqu'à preuve contraire. Troplong a encore un autre argument; il ne dit pas, comme Duranton, que le testament est un acte quasi-authentique; il dit que c'est un acte authentique; et la preuve c'est que l'acte de suscription est authentique; or, le testament uni d'une manière indissoluble à l'acte de suscription participe par cela même à l'authenticité de cet acte (1). Nous demanderons par quelle opération magique la déclaration du testateur constatée par le notaire transforme un acte sous seing privé en un acte authentique? Cela ne se peut faire que par une reconnaissance, et nous venons de prouver que la déclaration du testateur n'est pas un acte de reconnaissance, dans le sens légal du mot.

433. La jurisprudence française est contraire à notre opinion. Elle a peu d'importance, parce que les arrêts sont très-peu ou très-mal motivés. Nous citerons d'abord l'arrêt de la cour de Bruxelles que Merlin transcrit à l'appui

(1) Troplong, t. II, p. 72, nº 1652.

de l'opinion qu'il déclare évidente. L'arrêt appelle l'acte de suscription un acte de dépôt. Cela n'est pas exact, car le testament ne doit pas être déposé parmi les minutes du notaire qui a dressé l'acte de suscription. D'ailleurs un acte de dépôt n'imprime pas l'authenticité à l'écrit déposé : il faut pour cela un acte de reconnaissance. La cour ajoute une condition pour que la signature fasse foi jusqu'à inscription de faux; il doit être reconnu que le papier ou l'enveloppe sont restés intacts et qu'il n'y a pas eu moyen de substituer un autre testament sans fracture (1). Cette condition de fait exigée par la cour de Bruxelles ruine la théorie de l'authenticité du testament mystique. S'il est authentique, il tient son authenticité de la déclaration du testateur reçue par le notaire; donc la signature doit faire foi par l'effet de cette seule déclaration. Que s'il faut de plus des conditions de fait, il en résulte que la déclaration du testateur, quoique constatée par le notaire, ne suffit point pour imprimer l'authenticité au testament. Ainsi l'arrêt témoigne contre l'opinion qu'il consacre.

La cour de Metz se contente de dire que la déclaration du testateur donne à la signature *un caractère d'authenticité* qui ne laisse ouverture qu'à la voie de l'inscription de faux (2). Pas un mot pour motiver cette décision. Il faut donc écarter cet arrêt, comme on devrait le faire de tous ceux qui affirment au lieu de prouver. La rédaction laisse même la question de principe douteuse. Qu'est-ce que c'est qu'un *caractère d'authenticité?* Cela veut-il dire que l'acte est authentique? Alors pourquoi ne pas le dire?

La cour de Besançon dit que les formalités du testament mystique sont graves et importantes, et qu'elles donnent au testament mystique un caractère d'authenticité (3). Est-ce un argument? ou ne sont-ce que des mots? Il faudrait prouver comment et pourquoi les formalités du testament mystique impriment l'authenticité à un écrit qui par lui-même est un écrit sous seing privé. Et les

(1) Bruxelles, 23 mars 1811 (Dalloz, n° 3288, 1°).
(2) Metz, 8 mars 1821 (Dalloz, n° 3305).
(3) Besançon, 22 mai 1845 (Dalloz, n° 3288, 3°).

mots que nous venons de transcrire ne fournissent certes pas cette preuve.

La jurisprudence belge ne compte qu'un arrêt. Il consacre notre opinion. La cour de Bruxelles, abandonnant le précédent de 1811, s'est prononcée pour l'opinion que nous venons d'enseigner. Elle se fonde sur un motif irréfutable, c'est que le notaire qui atteste qu'une déclaration lui a été faite n'atteste pas la vérité de cette déclaration (1).

434. Il y a une application de ces principes sur laquelle il ne saurait y avoir de doute. Le testateur déclare et le notaire constate qu'il a lu son testament. Faut-il s'inscrire en faux pour prouver que le testateur ne savait ou ne pouvait lire? La question s'est présentée devant la cour d'Agen; la cour a écarté la preuve que les héritiers demandaient à faire, parce qu'il était prouvé que le testateur savait lire l'écriture de main et qu'il avait dit la vérité en déclarant au notaire et aux témoins qu'il avait lu son testament. Mais la cour ne dit pas que cela est prouvé jusqu'à inscription de faux par la déclaration du testateur constatée par le notaire. Le testateur peut faire une déclaration mensongère, soit pour valider son testament, soit pour le faire crouler. Est-ce que le notaire a un moyen de s'assurer de la vérité de cette déclaration? La loi le charge-t-elle de cette mission? Non; cela décide la question (2).

§ V. *Des testaments privilégiés.*

435. La doctrine donne le nom de testaments privilégiés à ceux que la loi dispense des formalités prescrites pour les testaments ordinaires, en les soumettant à des formalités spéciales. Ces testaments sont donc une exception à la règle, et partant il faut appliquer le principe d'interprétation qui régit les dispositions exceptionnelles; elles sont de rigoureuse interprétation. Il n'y a que ceux

(1) Bruxelles, 4 mars 1831 (*Pasicrisie*, 1831, p. 36, et Dalloz, nº 3289).
(2) Agen, 25 novembre 1809, et Rejet, 11 avril 1811 (Dalloz, nº 3230, 2º).

auxquels la loi permet de tester dans une forme particulière qui puissent user de ce droit, et il faut qu'ils se trouvent dans les circonstances prévues par la loi; dès que l'on n'est pas dans le cas de l'exception, on rentre dans la règle.

Nº 1. DU TESTAMENT MILITAIRE.

436. Les militaires peuvent faire un testament particulier quand ils se trouvent dans l'impossibilité d'observer les formes générales. Deux conditions sont donc requises pour qu'il y ait lieu à un testament militaire. Il faut d'abord que le testateur soit militaire; l'article 981 assimile aux militaires les individus employés dans les armées. L'ordonnance de 1735 énumérait les personnes non militaires qui participaient au privilége militaire : « Ceux, dit l'article 51, qui n'étant ni officiers, ni engagés dans les troupes, se trouveront à la suite des armées ou chez les ennemis, soit à cause de leurs emplois ou fonctions, soit pour le service qu'ils rendront aux officiers, soit à l'occasion de la fourniture des vivres et munitions des troupes. » L'article 981, étant une disposition traditionnelle, doit être entendu dans le même sens; d'ailleurs toutes ces personnes sont dans l'impossibilité de suivre les formes ordinaires; elles se trouvent donc dans l'esprit de l'exception.

Il y a une seconde condition requise pour que les militaires puissent tester dans la forme militaire : il faut, dit l'article 983, qu'ils soient en expédition militaire, ou en quartier, ou en garnison hors du territoire français, ou prisonniers chez l'ennemi. Quant à ceux qui sont en quartier ou en garnison dans l'intérieur, ils ne peuvent pas, dit l'article 983, profiter du bénéfice du testament militaire; à leur égard le privilége n'aurait point de raison d'être. « A moins, ajoute la loi, que les militaires ne se trouvent dans une place assiégée, ou dans une citadelle ou autres lieux dont les portes sont fermées et les communications interrompues à cause de la guerre. » Dans ce cas, il y a ou il peut y avoir impossibilité de suivre les

formes ordinaires; par suite le privilége reprend son empire.

437. En quoi consiste le privilége? Le privilége concerne le testament par acte public; aux termes de l'article 981, le notaire est remplacé par un chef de bataillon ou d'escadron, ou par tout autre officier d'un grade supérieur; les dénominations ont changé, mais les grades subsistent. Quant aux témoins, la loi n'en exige que deux. Les commissaires des guerres ou intendants peuvent aussi recevoir les testaments de tout militaire; seuls, s'ils sont à deux, et en présence de deux témoins s'il n'y en a qu'un. Si le testateur est malade ou blessé, le testament peut être reçu par l'officier de santé en chef, assisté du commandant militaire chargé de la police de l'hospice. Les malheureux soldats ne jouissent pas toujours du bonheur d'être reçus dans un hospice; heureux ceux qui sont soignés dans une ambulance! Il a été dit au conseil d'Etat, et cela ne fait pas de doute, que la disposition de l'article 982 s'applique aux ambulances (1).

Le testament militaire est-il dispensé des formes prescrites pour les testaments ordinaires? Cette question se présente aussi pour les autres testaments privilégiés; nous y reviendrons.

438. Le testament militaire a sa raison d'être dans la nécessité des circonstances; dès que cette nécessité cesse, il est juste que l'on revienne au droit commun. C'est la disposition de l'article 984, qui porte : « Le testament fait dans la forme ci-dessus établie sera nul six mois après que le testateur sera revenu dans un lieu où il aura la liberté d'employer les formes ordinaires. »

N° 2. DU TESTAMENT MARITIME.

439. Il y a encore exception aux règles ordinaires quand le testament est fait sur mer, dans le cours d'un voyage. Dans ce cas, l'impossibilité de suivre les formes générales est encore plus grande, il fallait donc permettre

(1) Séance du 26 ventôse an XI, n° 3 (Locré, t. V, p. 262).

de tester dans des formes moins sévères. Mais pour que la nécessité existe, il faut le concours des deux circonstances déterminées par l'article 988 : le testament doit être fait sur mer et dans le cours d'un voyage. De là l'article 994 conclut que si au temps où il a été fait le navire avait abordé une terre, soit étrangère, soit de la domination française, où il y aurait un officier public français, le testament ne sera point réputé fait en mer, quoiqu'il l'ait été dans le cours du voyage. En effet, dans ce cas, la nécessité cesse. S'il y a un officier français qui ait le droit de recevoir un testament, il n'y a plus de raison pour recourir à des formes exceptionnelles. Mais que faut-il décider si le navire aborde à une terre étrangère où il n'y a pas de consul de France? le testament pourra-t-il, dans ce cas, être reçu dans la forme privilégiée, ou faudra-t-il suivre les formes usitées dans les pays où il a été fait? La question est controversée; il nous semble que le texte la décide dans le dernier sens, puisque la fin de l'article 994 prévoit l'hypothèse où il ne pourrait être reçu d'après les lois françaises, c'est-à-dire le cas où, sur une terre étrangère, il n'y aurait pas d'officier public français, et la loi dispose que, dans ce cas, le testament ne sera valable qu'autant qu'il aura été dressé suivant les formes usitées dans les pays où il a été fait. Cela est aussi en harmonie avec les principes qui régissent les testaments privilégiés; le privilége n'a plus de raison d'être lorsque le droit commun peut recevoir son application. Or, à l'étranger, le droit commun est que le testament soit reçu ou dans la forme olographe, ou dans la forme authentique, selon les lois du pays (art. 999). Les formes ordinaires étant possibles, le privilége cesse (1).

440. Le privilége peut être invoqué par tous ceux qui sont en mer; peu importe qu'ils se trouvent à bord d'un bâtiment de commerce, ou d'un bâtiment de l'Etat, peu importe encore qu'ils soient passagers ou officiers pu-

(1) Duranton, t. IX, n° 159; Vazeille, t. II, p. 529, n° 2 de l'article 994. Jugement du tribunal de la Seine, 19 mars 1825 (Dalloz, n° 3409). En sens contraire, Coin-Delisle, p. 435, n°s 7 et 8 de l'article 994, et Demolombe, t. XXI, p. 426, n° 453.

blics; la nécessité existe pour tous, donc aussi le privilége (art. 995). Mais ces circonstances doivent être prises en considération quand il s'agit de savoir par qui le testament peut être reçu. Les articles 988 et 989 règlent cette matière; nous renvoyons au texte de la loi. L'article 988 exige la présence de deux témoins; cette disposition s'applique aussi au cas prévu par l'article 989.

Les articles 990-993 prescrivent des mesures tendantes à la conservation du testament maritime. Nous renvoyons au texte du code.

441. Le testament fait en mer n'est valable qu'autant que le testateur meurt en mer ou dans les trois mois après qu'il sera descendu à terre, et dans un lieu où il a pu le refaire dans les formes ordinaires (art. 996). C'est une disposition analogue à celle de l'article 984, et qui est fondée sur la même raison (n° 438).

N° 3. DU TESTAMENT FAIT EN TEMPS DE PESTE.

442. La loi dispense des formalités ordinaires « les testaments faits dans un lieu avec lequel toute communication est interceptée à cause de la peste ou autre maladie contagieuse » (art. 985). Un de nos vieux auteurs, Henrys, dit que la guerre et la peste sont comparables, et que celle-ci est une guerre d'autant plus dangereuse que c'est Dieu qui la fait aux hommes (1). Non, Dieu ne fait pas la guerre aux hommes; les maladies sont une suite de notre imperfection, encore peut-on les prévenir : la lèpre a disparu de l'Europe et la peste ne désole plus les pays civilisés. La guerre sévit toujours, mais ce sont les mauvaises passions des hommes qui l'allument, et ces mauvaises passions peuvent être refrénées par une instruction qui moralise les peuples, en même temps qu'elle développe leur intelligence, et par des institutions politiques sagement combinées.

Il ne suffit pas qu'une maladie contagieuse, ou réputée

(1) Henrys, livre V, chap. IV, quest. 37, n° 1, cité par Troplong, n° 1706.

telle, sévisse pour qu'il y ait lieu d'appliquer les dispositions du code concernant le testament en cas de peste ; il faut que les communications soient interrompues officiellement. Cela a été jugé ainsi lors de l'invasion du choléra dans un village du midi de la France. Des deux notaires qui y résidaient, l'un déserta son poste dès les premiers jours de la maladie. Un paysan qui ne savait pas écrire voulut tester par acte public ; le maire ayant fait des efforts inutiles auprès du second notaire pour l'engager à recevoir le testament, délégua son adjoint en vertu de l'article 985. Le testament fut attaqué et annulé (1). Et il devait l'être. Les communications n'avaient pas été interrompues ; il est vrai que par la folle terreur des notaires les habitants se trouvaient dans l'impossibilité de tester, mais ce n'était pas une impossibilité légale, et il n'appartient pas aux tribunaux d'étendre des dispositions exceptionnelles (n° 435).

443. Quand toutes communications sont interrompues dans un lieu à cause d'une maladie contagieuse, les testaments pourront être faits devant le juge de paix ou devant l'un des officiers municipaux de la commune, assisté de deux témoins (art. 985). En Belgique, les officiers municipaux sont remplacés par le bourgmestre et les échevins (2).

Qui peut invoquer le bénéfice de cette disposition ? Aux termes de l'article 986, tous ceux qui se trouvent dans les lieux infectés peuvent tester par privilége, peu importe qu'ils soient ou non atteints de la maladie contagieuse. La nécessité est la même pour tous, elle résulte non de l'état de maladie du testateur, mais de l'interruption des communications, qui est une suite de la maladie régnante.

444. Les testaments faits en temps de maladie contagieuse deviennent nuls six mois après que les communications sont rétablies dans le lieu où le testateur se trouve, ou six mois après qu'il aura passé dans un lieu

(1) Aix, 16 décembre 1836 (Dalloz, n° 3371).
(2) Loi sanitaire du 18 juillet 1831.

où elles ne seront point interrompues (art. 987). C'est une disposition commune à tous les testaments privilégiés.

N° 4. RÈGLES GÉNÉRALES.

445. Les testaments privilégiés sont des testaments publics ; au lieu d'être reçus par les notaires, ils sont reçus par les officiers que la loi détermine pour chacun de ces testaments ; elle fixe aussi le nombre des témoins, il est réduit à deux (art. 981, 985 et 988). La loi règle encore ce qui concerne la signature des officiers publics, des témoins et des testateurs. Quant aux testateurs, elle maintient la règle de l'article 973 : « Si le testateur déclare qu'il ne sait ou ne peut signer, il sera fait mention de sa déclaration, ainsi que de la cause qui l'empêchera de signer. » Il va sans dire que ceux qui reçoivent les testaments doivent les signer. Quant aux témoins, il suffit que l'un d'eux signe ; il est fait mention de la cause pour laquelle l'autre ne signe pas, sans qu'il soit besoin d'une déclaration du témoin (art. 998).

446. Telles sont les seules dispositions que le code contienne sur les testaments privilégiés ; elles sont sanctionnées par la peine de nullité que l'article 1002 établit pour l'inobservation des formalités auxquelles les divers testaments sont assujettis par les deux premières sections du chapitre V. On demande si les formes et conditions prescrites pour les testaments ordinaires doivent être observées dans la rédaction des testaments privilégiés. La question est controversée. En droit, nous ne la croyons pas douteuse, mais en fait les difficultés abondent.

On s'accorde à enseigner que les formalités établies par la loi de ventôse pour les actes notariés ne sont pas applicables aux testaments privilégiés. La raison en est simple et décisive. Si les testaments par acte public sont régis par la loi de ventôse, c'est qu'ils sont reçus par un notaire, et tout acte notarié est soumis à la loi générale qui régit les actes que les notaires reçoivent. Mais les officiers publics qui dressent les testaments privilégiés ne sont pas des notaires, et, sauf les juges de paix, ils sont complétement étrangers aux études juridiques. Soumettre

les actes qu'ils reçoivent à des formalités dont ils ignorent l'existence, c'eût été d'avance les frapper de nullité.

Le principe est incontestable, mais il donne lieu à une difficulté insoluble, parce qu'il faudrait un texte pour la résoudre, et il n'y en a pas. On demande si les testaments privilégiés doivent être datés. Nous répondons négativement, malgré les bonnes raisons que l'on donne pour exiger la date; il y a un argument péremptoire qui défend de l'exiger sous peine de nullité, c'est le silence de la loi. Il n'y a pas de nullité sans texte, et il n'y a pas de texte qui prescrive la date dans les testaments privilégiés. Ce sont des testaments authentiques; or, le code ne dit pas que ces testaments doivent être datés, c'est la loi de ventôse qui exige la date, et cette loi n'est pas applicable aux testaments privilégiés (1).

447. Applique-t-on aux testaments privilégiés les dispositions du code sur le testament par acte public? Nous n'hésitons pas à répondre négativement. Le code contient deux sections sur les testaments; dans la première, il traite des règles générales, c'est-à-dire des testaments de droit commun; dans la seconde, il traite des règles particulières sur la forme de certains testaments, ceux que l'on appelle les testaments privilégiés. Ce sont donc deux matières distinctes. On ne peut pas dire qu'il y a lieu d'appliquer les règles générales en tant que les dispositions spéciales n'y dérogent pas. Ce principe n'est pas applicable à l'espèce, car la section Ire n'établit pas, comme l'intitulé semble le dire, des règles applicables à tous les testaments; la loi détermine des formes spéciales pour chacun des trois testaments qu'il admet. Or, des formes spéciales ne peuvent pas être étendues à des actes pour lesquels elles ne sont pas établies. Cela résulte du texte même de la loi. Nous venons de dire que l'article 973 est reproduit dans l'article 998; si, dans la pensée du législateur, les dispositions de la section Ire étaient applicables à la section II, l'article 998 serait inutile. Ajoutons

(1) Comparez Troplong, t. II, p. 105, nº 1732; Demolombe, t. XXI, p. 415 nº 434.

que l'esprit de la loi s'oppose à cette application extensive. En admettant des testaments privilégiés, le législateur a voulu les soustraire aux formes nombreuses des testaments ordinaires; c'était le seul moyen de les rendre possibles. Qu'arriverait-il si l'on exigeait l'accomplissement des formalités ordinaires? Les officiers publics qui sont appelés à les rédiger en ignorent jusqu'à l'existence; et quand ils auraient le code civil sous les yeux, ils ne le comprendraient pas, ou ne sauraient en faire l'application, inhabiles qu'ils sont à rédiger des actes juridiques. L'esprit de la loi se révèle dans les dispositions qui ne donnent qu'une force temporaire aux testaments privilégiés. Si toutes les formes devaient être observées, il n'y aurait pas de raison pour limiter à quelques mois l'effet du testament; c'est parce qu'ils sont faits sans la garantie des formes, sous l'empire de la nécessité, que la loi se défie de ces actes et ne leur accorde qu'une autorité temporaire (1).

On objecte qu'il y a des dispositions que tout le monde applique aux testaments privilégiés. Ce sont les articles 967-969. Si ces articles sont applicables, dit-on, bien que la loi ne le dise pas, pourquoi n'appliquerait-on pas d'autres dispositions bien plus nécessaires (2)? Nous répondons que ces dispositions sont mal classées, de même que celles de l'article 1001; elles auraient dû faire l'objet d'une section générale applicable à tous les testaments. Les vraies formes ne commencent qu'avec l'article 970 et continuent jusqu'à l'article 998. Les articles 999 et 1000 sont également mal classés et auraient dû trouver place dans la section générale.

448. L'application de ces principes soulève une nouvelle difficulté. Qui peut être témoin dans un testament privilégié? Si l'article 980 n'est pas applicable aux testaments privilégiés, on pourra y admettre comme témoins des étrangers, des femmes, des mineurs! De même, si

(1) Grenier, t. II, p. 596, n° 278. Marcadé, t. IV, p. 55, n° II de l'article 998. Dalloz, n° 3404.

(2) Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, p. 576. Aubry et Rau, t. V, p. 529. Demolombe, t. XXI, p. 409, n° 431.

les dispositions concernant les incapacités relatives ne doivent pas être appliquées aux testaments privilégiés, il faudra dire que l'officier public peut être gratifié par l'acte même qu'il reçoit, sauf dans le cas prévu par l'article 997. Cela est absurde, dit-on. Absurde tant que l'on voudra. Nous répondons : Pas de nullité sans texte; or, les textes que l'on invoque ne concernent que les notaires et les actes notariés. Vainement, pour justifier l'incapacité relative de l'officier public gratifié par l'acte qu'il reçoit, invoque-t-on la maxime que personne ne peut être témoin dans sa propre cause; cette maxime n'est pas consacrée par notre code, et ce n'est pas sur des principes de pure théorie que l'on peut fonder des nullités (1).

§ VI. *De la nullité des testaments.*

N° 1. PRINCIPE.

449. Aux termes de l'article 1001, les formalités prescrites pour les divers testaments doivent être observées à peine de *nullité*. Qu'entend-on ici par *nullité?* On sait que le mot *nul* signifie tantôt annulable, tantôt inexistant. Nous avons fait cette distinction à plusieurs reprises et nous l'avons appliquée aux donations (t. XII, n°s 176-179). La donation est un contrat solennel, et dans les contrats solennels les formalités sont de la substance de la convention, en ce sens que le consentement qui n'est pas exprimé dans les formes légales est censé ne pas exister. En est-il de même des formes testamentaires? Elles ont aussi pour but d'assurer la libre expression des dernières volontés du testateur; elles sont même plus importantes et plus essentielles que les formes des actes entre-vifs. On teste souvent au moment de mourir, alors que l'intelligence et la volonté sont affaiblies, tandis que les donations se font entre-vifs. D'un autre côté, le testateur est obsédé par les intrigues de ceux qui l'entourent, bien plus que ne l'est le donateur; il dispose de tous ses biens,

(1) En sens contraire, Aubry et Rau, t. V, p. 129. Demolombe, t. XXI, p. 416, n° 435.

et il en dispose en dépouillant ses héritiers, au lieu que le donateur ne dispose d'ordinaire que d'objets particuliers, et il se dépouille lui-même : l'attache naturelle qu'il a pour ce qu'il possède est déjà un frein suffisant qui arrête les libéralités irréfléchies. C'est la raison pour laquelle la loi montre tant de sévérité en prononçant la nullité pour de simples formes (t. XII, nos 622 et 623). La question est de savoir si la sévérité va à ce point que le testament soit considéré comme inexistant, lorsque les formalités auxquelles il est assujetti n'ont pas été observées.

Les auteurs, sans discuter la question dans les termes où nous venons de la poser, se prononcent pour l'inexistence du testament nul en la forme. Merlin est on ne peut plus explicite. « Les formalités testamentaires, dit-il, sont, aux yeux de la loi, le seul moyen de constater la volonté du testateur ; lorsqu'elle est dénuée de ces formalités, la volonté du testateur est absolument sans effet. » C'est la théorie que nous venons de rappeler ; au point de vue des principes, elle n'est guère douteuse ; le testament et la donation sont l'un et l'autre des actes solennels, et le défaut de solennité doit avoir le même effet dans l'un et l'autre acte. Mais la difficulté est de trouver un fondement légal à cette théorie. Il n'y a pas de nullité sans texte ; à plus forte raison ne peut-on pas admettre qu'un acte soit inexistant sans texte.

Sur ce terrain, la difficulté est grande. Merlin trouve une raison de décider dans l'essence même du testament. « Qu'est-ce qu'un testament? C'est la déclaration que fait un homme de ses dernières volontés dans les formes établies par la loi. Le testament n'existe donc que par la parfaite observation des formalités qui le constituent. Il n'y a donc pas de testament là où ces formalités manquent. » C'est le *néant*, ajoute Merlin ; et Troplong dit, dans des termes tout aussi énergiques, que le testament nul en la forme est *mort-né* (1). Nous demandons un argument de texte ; Merlin cite l'article 1er de notre titre : « On ne peut

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Testament*, sect. II, § I, art. VI, (t. XXXIII, p. 360). Troplong, t. II, p. 113, no 1742.

disposer de ses biens à titre gratuit que par donations entre-vifs ou par testament *dans les formes ci-après établies.* »

Cette argumentation est irréfutable quand le testateur a employé d'autres formes que celles que la loi autorise : il a testé en présence de témoins, dans les formes du testament nuncupatif. Ce n'est pas là un testament que nos lois reconnaissent; il ne saurait donc avoir aucun effet, il est inexistant. Mais si le testateur a fait ses dispositions dans la forme authentique, par exemple, et que le notaire ait écrit l'une ou l'autre mention sans se servir des termes de la loi ou de termes équipollents, est-ce que dans ce cas aussi on peut dire qu'il n'y a point de testament, ou faut-il dire qu'il y a un testament nul, c'est-à-dire annulable? L'article 893 ne décide pas cette question, et il n'y a pas d'autre disposition dans le code sur laquelle on puisse appuyer la théorie de l'inexistence des actes dans son application aux testaments.

450. La théorie des actes inexistants a des conséquences très-graves. Si le testament nul en la forme est le *néant*, s'il est *mort-né*, peut-il s'agir d'en demander la nullité? Demande-t-on que le *néant* soit *anéanti?* Demande-t-on que le juge prononce la *mort* d'un *mort-né?* S'il n'y a pas d'action en nullité, il n'y a pas de prescription; comment repousserait-on par la prescription une action qui n'existe point? On ne conçoit pas davantage qu'un testament nul en la forme soit confirmé. La confirmation efface le vice dont un acte est infecté; l'acte devient pleinement valable comme s'il n'avait jamais été vicié. Or, comprend-on qu'en confirmant un testament on donne la vie à un mort-né? Il y a un vice qui ne s'efface pas, la mort, le néant. Puis, qu'est-ce que confirmer? C'est renoncer au droit que l'on avait d'agir en nullité; quand il n'y a pas d'action en nullité peut-on y renoncer?

Les auteurs acceptent-ils toutes ces conséquences? Non, car tous parlent d'une action en nullité et de la prescription de cette action; s'ils n'admettent pas que le testateur puisse confirmer le testament nul en la forme, ils admettent que les héritiers le peuvent; or, la question de

confirmation n'a guère d'importance que pour les héritiers. Voilà bien des inconséquences. L'inconséquence est inévitable dans une matière que le législateur a négligé de régler. En ce qui concerne les testaments, il y a plus qu'inconséquence. Les auteurs admettent le principe de l'inexistence du testament nul en la forme, mais ils ne l'appliquent pas, et cela sans se rendre compte de ce défaut de logique; c'est en définitive une absence complète de principes. De là l'incohérence que l'on remarque dans la jurisprudence, elle ressemble à un vaisseau ballotté par les vents, sans gouvernail et sans pilote. Nous n'en faisons aucun reproche aux interprètes, la faute en est au législateur. En définitive, il y a lacune dans la loi, et il n'appartient pas à l'interprète de la combler.

Nº 2. DE L'ACTION EN NULLITÉ.

451. Si l'on admet que le testament nul en la forme est inexistant, il n'y a pas d'action en nullité proprement dite (nº 449). Toutefois quand le légataire se met en possession, les héritiers doivent agir contre lui pour le faire condamner à la restitution des biens. L'action qu'ils intentent dans ce but est l'action en pétition d'hérédité; si le légataire leur oppose le testament, ils le repousseront par l'exception de l'inexistence du testament; leur exception tend à ce que le juge déclare qu'il n'y a point de testament. Si les héritiers sont en possession et que le légataire agisse contre eux, ils repousseront sa demande en prouvant que le testament est nul, en ce sens qu'il n'y a pas de testament. Dans aucun cas le juge ne prononcera la nullité du testament, il déclarera que le testament est inexistant, c'est-à-dire qu'il n'y a point de testament.

452. Telle n'est pas la doctrine des auteurs et de la jurisprudence. On admet qu'il y a une action en nullité du testament. Première inconséquence. Quelle est la durée de cette action? Est-ce la prescription trentenaire de l'article 2262, ou est-ce la prescription de dix ans de l'article 1304? Dans la théorie de l'inexistence du testament nul en la forme, la question ne devrait pas même être po-

sée. En effet, la prescription de dix ans est une confirmation; or, les actes qui n'existent pas ne peuvent pas être confirmés. Mais, comme nous le dirons plus loin, les auteurs enseignent et la jurisprudence admet généralement que les héritiers peuvent confirmer le testament nul en la forme ; donc à la rigueur, la confirmation tacite par la prescription de dix ans serait possible; mais le texte de l'article 1304 s'y oppose ; il ne s'applique qu'à l'action en nullité d'une convention; donc il ne reçoit pas d'application aux testaments; partant l'action en nullité des testaments se prescrit par trente ans (1).

453. Quel est l'objet de l'action en nullité? Ici l'application est dans un désaccord flagrant avec la théorie. Si le testament nul en la forme est le *néant*, comme le dit Merlin, s'il est *mort-né*, comme le dit Troplong (n° 449), l'action des héritiers ne peut pas tendre à l'annulation du testament. Tel est cependant l'objet des actions en nullité qui retentissent si souvent devant les tribunaux. Il n'y a qu'une manière d'expliquer ces contradictions, c'est de considérer le testament comme inexistant à l'égard du testateur et comme simplement annulable à l'égard des héritiers. L'explication elle-même est très-singulière; nous y reviendrons.

Si l'on admet la doctrine des actes inexistants, il faut dire que l'action tend à faire déclarer par le juge qu'il n'y a point de testament. Dans cette théorie, on ne conçoit pas que l'action ait un objet ni un effet partiel, à moins qu'elle ne soit un accessoire de la pétition d'hérédité ; en principe, le testament ne peut pas exister pour une partie et être le *néant* pour une autre partie : peut-on être tout ensemble *mort-né* et vivant? Mais rien n'empêche que l'action en pétition d'hérédité n'ait un objet et un effet partiels. Il en est de même de l'action en nullité. L'un des héritiers naturels agit en nullité d'un testament par lequel le défunt avait institué un légataire universel; le testament ayant été annulé, l'héritier demande le délaissement de toute la succession en se fondant sur ce que le léga-

(1) C'est l'opinion générale (Troplong, n° 1744, et Dalloz, n° 2575).

taire la possédait sans titre et sans cause. Il a été jugé que l'héritier ne pouvait réclamer que sa part héréditaire. Dans l'espèce, le légataire universel était en conflit avec un héritier légitime non réservataire; la saisine appartenait donc au légataire, et la cour l'invoque pour motiver sa décision (1). A vrai dire, la saisine est étrangère à la question : il n'y a pas de saisine là où il n'y a point de testament. Mais il était jugé seulement à l'égard de l'un des héritiers qu'il n'y avait pas de testament, donc le testament subsistait à l'égard des autres. La décision était donc juste, que l'on considère le testament comme inexistant ou comme nul. Quant à la singularité d'un testament nul en partie et valable en partie, elle tient à l'effet de la chose jugée.

454. Qui peut intenter l'action en nullité? On applique le principe général en vertu duquel il faut un intérêt né et actuel pour agir; cet intérêt doit être un intérêt pécuniaire, sauf dans les cas où la loi se contente d'un intérêt moral. Dans l'espèce, les intéressés sont les héritiers exclus par le testament. On leur a parfois opposé une fin de non-recevoir quand il y avait un autre testament par lequel ils étaient également exclus : l'annulation de l'un des testaments, disait-on, ne suffisant pas pour leur donner droit à la succession, il faut qu'ils demandent la nullité des deux testaments, sinon ils doivent être déclarés non recevables. Il y a des cours qui ont accueilli cette fin de non-recevoir; d'autres l'ont repoussée. Nous croyons que cette dernière opinion doit être préférée. Le droit de l'héritier est incontestable, et son intérêt ne saurait être nié, puisque, en obtenant l'annulation de l'un des testaments, il détruit un obstacle qui l'écarte de la succession (2). On objecte que les défendeurs peuvent opposer le testament qui exclut le demandeur, comme un moyen de défense

(1) Bruxelles, 24 juin 1846 (*Pasicrisie*, 1847, 2, 209). Comparez Bruxelles, 3 décembre 1831 (*Pasicrisie*, 1831, p. 326, et Dalloz, n° 3601).

(2) Toulouse, 8 février 1866 (Dalloz, 1866, 2, 32). En sens contraire, Bastia, 27 juin 1865 (Dalloz, 1866, 2, 162). — La cour de cassation a admis les héritiers à attaquer le second testament, mais, dans l'espèce, ils y avaient un intérêt évident. Rejet, 26 juin 1860 (Dalloz, 1860, 1, 440).

contre son action (1). N'est-ce pas confondre deux procès qui ont à la vérité le même but quant au demandeur, mais qui n'en diffèrent pas moins? Les parties seront même différentes, car il est impossible que les deux testaments soient identiquement les mêmes, puisque le second n'aurait pas de raison d'être, à moins que le premier ne fût nul, et alors les héritiers se garderont bien de s'en prévaloir. Les défendeurs ne peuvent invoquer le testament qui, pour le moment, n'est pas attaqué que pour en induire le défaut d'intérêt; or, de ce que je trouve devant moi deux obstacles qui m'arrêtent on ne peut pas conclure que je n'ai aucun intérêt à détruire l'un, sauf ensuite à détruire l'autre.

455. Si le demandeur est sans intérêt, il ne peut pas agir, quand même il aurait des droits à prétendre dans la succession; on suppose que ces droits ne sont pas contestés. Tel serait le droit du père dont la fille fait un testament qui institue un légataire universel. Le cas s'est présenté devant la cour de Gand. Dans l'espèce, le père aurait eu le quart des biens dans la succession *ab intestat;* or, ce quart lui appartenait à titre de réserve; il lui était donc assuré, partant il n'était pas lésé par le testament, donc il ne pouvait l'attaquer. On prétendait que le père avait un intérêt moral à attaquer le testament, sa fille ayant testé au mépris des devoirs qu'imposent les liens du sang. Certes on ne pouvait dire de ce testament ce que Domat exige pour légitimer la faculté de tester, que la testatrice s'était montrée plus sage que le législateur : c'était une œuvre de déraison. Mais il n'y avait pas de folie, légalement parlant, et il n'y avait rien de honteux; en supposant donc que l'intérêt moral suffise pour agir, ce qui est très-douteux, cet intérêt n'existait pas dans l'espèce : ce qui était décisif (2).

456. Quand la cause de nullité est établie, le tribunal doit annuler le testament, quel que soit le vice qui le rende nul. Après la lecture de l'acte, le testateur ajoute

(1) Gand, 9 mars 1861 (*Pasicrisie*, 1861, 2, 136)
(2) Gand, 13 juin 1856 (*Pasicrisie*, 1856, 2, 385).

une clause par laquelle il charge le légataire de faire dire douze messes pour le repos de son âme. Cette clause, faisant partie intégrante du testament, aurait dû être lue au testateur en présence des témoins; le notaire ne mentionne pas que la lecture ait été faite. Le testament a été annulé pour le tout. Cela est d'une rigueur extrême, mais la décision est juste : tout le testament doit être lu, donc si le testament n'est pas lu en entier, l'acte est nul (1). Il en est de même des autres formalités prescrites par la loi.

457. La rigueur excessive qui résulte de l'application du principe des nullités a engagé des auteurs et parfois des tribunaux à dire que, dans le doute, il fallait se décider pour la validité du testament. Nous avons déjà repoussé l'application aux mentions que le notaire doit faire de la règle d'interprétation consacrée par l'article 1157 (n° 330). Il en faut dire autant de toute formalité; dès qu'il est douteux si une formalité a été observée, le testament ne peut valoir; c'est ce que Merlin établit avec une évidence mathématique, et les meilleurs auteurs reproduisent sa démonstration (2). Les lois romaines veulent aussi que les dispositions douteuses soient interprétées dans le sens le plus propre à leur donner effet. Mais dans quels cas les testaments méritent-ils cette faveur? Lorsque, parfaitement réguliers dans leur forme, il s'agit de savoir ce qu'a voulu le testateur. En est-il de même lorsque le doute tombe sur la régularité du testament? Non; comme le testament tire toute sa force de sa solennité et que la solennité consiste dans l'observation exacte des formes prescrites par la loi, c'est en faveur de l'héritier légitime que le doute doit être résolu; en effet, quand il est douteux si les formes ont été bien observées, il est incertain s'il existe un testament, et, dans cette incertitude, la succession ne peut appartenir qu'à l'héritier légitime.

(1) Toulouse, 22 juin 1864 (Dalloz, 1864, 2, 167).
(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Testament*, sect. II, § II, art. IV, n° 2 (t. XXXIII, p. 408). Troplong, t. II, p. 112, n° 1741; Demolombe, t. XXI p. 458, n° 490 *bis*.

458. Le légataire peut-il agir contre les héritiers dans le but de faire déclarer le testament valable? Non, en règle générale ; si les héritiers gardent le silence, le légataire n'a point d'intérêt né et actuel à agir. Il est vrai que le silence des héritiers ne les empêchera pas d'attaquer le testament; mais cette simple éventualité, pour mieux dire, cette possibilité n'autorise pas le légataire à intenter une action. Il est, par la nature de son droit, défendeur dans la question de nullité du testament. Pour qu'il puisse agir, il faut que son action même soit une défense. C'est dans une circonstance pareille que la cour de Gand l'a admise. Le légataire avait été cité en conciliation par l'héritier légitime sur l'action en nullité des testaments en vertu desquels il avait été envoyé en possession; lors de l'inventaire, le même héritier déclara méconnaître de la manière la plus formelle les droits du légataire, en soutenant que le testament était l'œuvre de la captation et de la suggestion; mais il n'intenta aucune action. Sur cela le légataire prit les devants. On lui opposa qu'il était sans intérêt actuel. Il fut jugé que les faits et les protestations de l'héritier constituaient un véritable trouble, que le légataire avait par conséquent la faculté d'agir pour mettre fin à l'incertitude qui nuisait à ses droits de propriétaire (1).

N° 3. DE LA CONFIRMATION DU TESTAMENT PAR LE TESTATEUR.

459. Il est de principe qu'un acte nul peut être confirmé, mais on ne peut pas confirmer un acte non existant. L'article 1339 applique ce principe à la donation; il porte: « Le donateur ne peut réparer par aucun acte confirmatif les vices d'une donation entre-vifs; nulle en la forme, il faut qu'elle soit refaite en la forme légale. » Ce principe reçoit-il application au testament nul en la forme? L'affirmative est admise par la doctrine et par la jurisprudence. Il importe de préciser les motifs de décider. Ricard enseigne que le testateur ne peut confirmer un testament

(1) Gand, 1er février 1868 (*Pasicrisie*, 1868, 2, 281).

nul en la forme. Il n'y a de testament que lorsque le testateur manifeste sa volonté dans les formes voulues par la loi; si donc un testament olographe n'était pas écrit en entier de la main du testateur, il n'y aurait pas de testament; en vain le testateur déclarerait-il qu'il le confirme, la confirmation ne peut pas faire qu'il y ait un acte écrit par le défunt, alors que le défunt ne l'a pas écrit. S'il veut donner force à l'expression de ses volontés, il doit recommencer son testament en observant les solennités nécessaires. Il en serait autrement si l'acte confirmatif reproduisait les dispositions du testament nul; si cet acte était écrit en entier, daté et signé de la main du testateur, il vaudrait comme testament, non à raison de la confirmation, mais par lui-même, comme testament, puisqu'il contient une disposition de biens faite dans les formes d'un testament olographe (1). Ricard ne prononce pas les mots d'*acte nul* ou *inexistant*; mais sa décision est au fond l'application de cette théorie. Si le testament nul en la forme était simplement annulable, le vice pourrait être réparé par un acte confirmatif; l'article 1338 le dit, et il en était de même dans l'ancien droit. Si donc le testament nul en la forme ne peut être validé par une confirmation, c'est que les formes ont ici un caractère particulier, elles tiennent à la substance de l'acte, sans elles il n'y a pas de testament; donc il n'y a pas moyen de confirmer l'acte, car on confirme un acte en effaçant le vice qui l'entache, et il y a ici un vice qui est ineffaçable, c'est le néant. Telle est aussi la doctrine des auteurs modernes; ils appliquent au testament ce que l'article 1339 dit de la donation entre-vifs : nul en la forme, il doit être refait en la forme légale (2). Et pourquoi l'article 1339 décide-t-il que la donation nulle en la forme ne peut être confirmée? C'est, répond le Tribunat, que l'on ne confirme pas le néant. Donc, dans la doctrine des auteurs, le testament ne peut être confirmé, parce que nul en la forme, il n'existe pas aux yeux de la loi, c'est le néant.

460. Un des premiers arrêts qui ait été rendu sur la

(1) Ricard, Ire partie, nos 1619-1621 (t. I, p. 395).
(2) Demolombe, t. XXI, p. 459, no 491.

matière, celui de la cour de Turin, s'exprime dans le même sens et en termes énergiques : « le testament nul, dit la cour, *ne peut jamais figurer devant la loi* comme un acte de dernière volonté (1). » La cour de Besançon fonde la même décision sur les textes du code civil que nous avons cités (n° 449) : il n'y a de testament que l'acte fait dans les formes voulues par la loi (art. 893); il faudrait donc un testament nouveau pour confirmer un testament nul, et dans ce cas, ce serait le second acte qui aurait effet, et non le premier. C'est ce que l'article 1339 décide pour la donation ; il en doit être de même, et à plus forte raison, du testament qui exige encore plus de formes (2). La cour de Besançon est moins explicite que celle de Turin, mais sa doctrine est la même; si elle n'admet pas la confirmation d'un testament, c'est que les solennités sont requises pour l'existence du testament; un testament nul en la forme n'est pas un testament, et la confirmation ne peut donner la vie à un acte qui n'existe point.

La cour de cassation a donné sa sanction à cette doctrine. Elle a décidé, en droit, que la confirmation par un testament régulier d'un premier testament nul en la forme ne peut *faire revivre* que celles des dispositions du premier testament que le second rappelle en termes exprès, et auxquelles il donne ainsi une *existence légale*. Donc le testament nul en la forme n'a pas d'*existence légale*, il n'existe pas aux yeux de la loi ; la confirmation ne peut pas donner la vie à ce qui n'existe pas, à moins que l'acte confirmatif ne soit lui-même un testament. Dans ce cas, les dispositions renouvelées *revivent*, dit l'arrêt ; il faudrait dire plutôt qu'elles naissent à la vie, car elles n'ont jamais vécu, elles sont mortes-nées, comme le dit Troplong. Quant aux dispositions qui ne sont pas renouvelées par le second testament, elles ne peuvent avoir plus de force que le testament qui les contient, elles tombent avec lui ; elles n'ont jamais eu d'*existence légale* (3).

(1) Turin, 19 mars 1810 (Merlin, *Répertoire*, au mot *Testament*, sect. II, § I, art. IV, n° 3 (t. XXXIII, p. 342).
(2) Besançon, 19 mai 1809 (Dalloz, n° 2493, 1°).
(3) Rejet, 7 novembre 1853 (Dalloz, 1854, 1, 27).

Le même arrêt décide qu'il n'est pas nécessaire que le second testament reproduise littéralement les dispositions du premier. Par application de ce principe, la cour a validé un legs contenu dans le testament annulé, parce que le testament postérieur le rappelait dans le but de grever le légataire qui en était investi de charges non mentionnées au premier. Ceci est une question d'interprétation. Les tribunaux doivent suivre comme règle, ainsi que le dit la cour de Poitiers, qu'il faut rechercher la volonté du testateur et assurer l'exécution de cette volonté lorsqu'elle se montre claire et manifeste et qu'elle s'est renfermée dans les limites de la loi (1).

N° 4. DE LA CONFIRMATION DU TESTAMENT PAR LES HÉRITIERS.

461. Ainsi la doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour considérer comme non existant le testament nul en la forme; et elles s'accordent encore à décider qu'un testament qui n'a point d'existence légale ne peut être confirmé, qu'il n'y a qu'un moyen pour le testateur de donner vie à ses dispositions, c'est de les refaire dans un nouveau testament. Si le testateur ne peut confirmer un testament nul en la forme, ses héritiers le pourront-ils? Au point de vue des principes que nous venons d'exposer, la question n'a point de sens. Pourquoi le testateur ne peut-il pas confirmer un testament nul en la forme? Parce qu'un pareil testament est le *néant*, dit Merlin; parce qu'il est *mort-né*, dit Troplong; parce qu'il n'a aucune *existence légale*, dit la cour de cassation. Tous ces motifs subsistent après la mort du testateur aussi bien que de son vivant. Par quel miracle un acte qui n'existe pas tant que le testateur vit acquerrait-il une existence légale après sa mort? Nous disons que ce serait un miracle, car ce serait donner la vie à un acte qui n'en a jamais eu. Si le néant ne peut se confirmer du vivant du testateur, comment le néant pourrait-il être confirmé après sa mort? Le néant reste

(1) Poitiers, 26 janvier 1853, et Rejet, 7 novembre 1853 (Dalloz, 1854, 1, 28 et suiv.). Comparez Riom, 19 juillet 1871 (Dalloz, 1873, 1, 436).

néant, et la confirmation du néant ne se comprend pas.

462. Cependant la doctrine et la jurisprudence admettent que les héritiers du testateur peuvent confirmer le testament nul en la forme. On applique au testament la disposition de l'article 1340 concernant la donation. Aux termes de cet article, « la confirmation ou ratification, ou exécution volontaire d'une donation par les héritiers ou ayants cause du donateur après son décès, emporte leur renonciation à opposer soit les *vices de forme*, soit toute autre exception. » Nous dirons, au titre des *Obligations*, que l'article 1340 est une véritable anomalie, une anomalie que les auteurs parviennent à peine à expliquer. L'article 1339, tel qu'il est expliqué par la doctrine, dit en d'autres mots : Une donation nulle en la forme ne peut être confirmée, parce qu'elle n'a point d'existence légale. Et que dit l'article 1340? Il permet aux héritiers de confirmer la donation nulle en la forme; il dit donc tout le contraire de ce que dit l'article 1339. S'il y a une disposition exceptionnelle, c'est celle de l'article 1340. C'est plus qu'une exception : au point de vue des principes, cette disposition est inexplicable. La donation nulle en la forme change-t-elle par hasard de nature quand le donateur vient à mourir? cesse-t-elle d'être le néant? Si l'on ne conçoit pas que le donateur confirme le néant, on ne le conçoit pas davantage des héritiers.

Naît maintenant la question de savoir si une disposition exceptionnelle, anomale par excellence, peut être étendue à un cas qui n'y est pas compris. Peut-on appliquer aux testaments ce que la loi dit des donations? Au point de vue des principes, la négative est certaine. Voyons ce que disent les auteurs et les arrêts.

463. Troplong pose le principe que nous venons d'établir : « Lorsqu'un testament est nul pour défaut de forme, dit-il, il doit être rejeté, et *il ne peut être validé par aucun acte quelconque*; il faut qu'il soit refait. » Cependant Troplong admet que les héritiers du testateur peuvent confirmer le testament, soit expressément, soit tacitement. Il semble ne pas apercevoir la contradiction qui existe

entre ces deux propositions. Ce qui le décide, c'est l'ancienne jurisprudence, qui, d'après les témoignages qu'il rapporte, paraît constante en ce sens. Troplong ne se demande pas comment il se fait que des formalités, qui ne peuvent pas être suppléées par la confirmation du testateur, peuvent l'être par la confirmation de ses héritiers. Il se borne à transcrire un passage de Chabrol qui est remarquable (1). « Les formalités, dit le commentateur de la coutume d'Auvergne, n'ont pour objet que d'assurer la vérité du testament, et l'héritier qui a bien voulu exécuter un testament nul est censé s'être rendu certain, par d'autres moyens, de la volonté du testateur. Malgré la nullité, il subsiste *une sorte d'obligation naturelle* qu'il doit être libre à l'héritier d'accomplir. » Est-ce que tel est aussi l'avis de Troplong? Quelques pages plus loin, il examine la question de savoir si le testament nul pour défaut de forme produit une obligation naturelle; après avoir reproduit les opinions des vieux docteurs, il répond que cette question est plutôt du domaine de la théologie que de celui de la jurisprudence (n° 1752). Ainsi il écarte le seul argument juridique que l'on invoquât dans l'ancien droit pour justifier la confirmation du testament par les héritiers. Encore Chabrol paraît-il hésiter; il n'ose pas donner le nom d'obligation naturelle au devoir de conscience qui obligerait les héritiers à exécuter un testament nul en la forme; il dit que c'est *une sorte* d'obligation naturelle, ce qui réduit à rien l'argument. Ce que Chabrol ajoute, que les héritiers sont *censés* s'être assurés de la volonté du défunt, est tout aussi peu fondé ; c'est une simple supposition à laquelle les faits donnent un démenti journalier; si les héritiers exécutent le testament nul en la forme, c'est qu'ils reculent devant un procès qu'ils craignent de perdre. En définitive, nous avons une tradition qui ne repose sur rien, et les inconséquences de Troplong sont loin de lui donner quelque autorité. Nous dirons, au titre des *Obligations*, que la théorie d'une obligation naturelle incombant aux héritiers a été reproduite

(1) Chabrol sur Auvergne, chap. XII, art. 50. Troplong, n° 1745.

pour expliquer l'article 1340, et nous prouverons que l'explication n'est pas heureuse. C'est cependant la seule que nous ayons trouvée. Les auteurs se bornent en général à citer l'article 1340, comme si l'application de cette disposition aux testaments ne souffrait aucun doute (1).

464. Consultons la jurisprudence. Elle est assez confuse. Il y a des décisions tout à fait contradictoires. La cour de Douai dit que l'article 1340 contient une disposition générale qui s'applique aux donations testamentaires comme aux donations entre-vifs (2). Comment peut-on voir une disposition générale dans un article qui consacre une exception à celui qui le précède, et une exception tellement anomale que les auteurs cherchent en vain à l'expliquer? La cour de Bruxelles a, au contraire, jugé que l'article 1340 n'est pas applicable aux testaments (3). Cette décision est isolée, et nous devons avouer qu'elle a peu de poids. La cour n'a fait que confirmer le jugement de première instance, lequel est assez mal motivé. Ces deux arrêts sont les seuls qui disent un mot de la question; il y a un grand nombre de décisions sur la matière; la plupart se bornent à citer l'article 1340, comme s'il décidait la question. Il parle des donations nulles en la forme, il ne parle pas des testaments; on peut donc tout au plus l'invoquer à titre d'analogie; il nous reste à voir s'il y a même motif de décider.

Ici notre embarras est grand; la question est à peu près insoluble. Pour que l'on puisse affirmer ou nier qu'il y a même raison de décider en matière de testaments qu'en matière de donations, il faudrait connaître les motifs qui ont fait porter l'article 1340, et on les ignore. Nous écartons la théorie de l'obligation naturelle qui, à notre avis, est fausse. Reste l'explication que l'on donne d'ordinaire et qui nous semble la meilleure. Les donations sont vues avec peu de faveur par le législateur français, nous en avons dit les raisons ailleurs. C'est dans le but de les entraver que la loi multiplie les formes prescrites

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 490, note 9, et les auteurs qu'ils citent.
(2) Douai, 23 juin 1838 (Dalloz, n° 2571).
(3) Bruxelles, 3 avril 1837 (*Pasicrisie*, 1837, 2, 8).

pour l'existence de la donation. On conçoit que, dans cette doctrine, la loi ne permette pas au donateur de confirmer une donation nulle en la forme, puisque ce serait lui permettre de s'affranchir des entraves que le législateur a opposées à dessein à celui qui, en donnant, fait sortir les biens de sa famille. Mais on comprend aussi que les héritiers puissent renoncer à une action en nullité fondée sur des vices de formes, puisque ces formes ont été introduites en leur faveur pour conserver les biens dans la famille.

Ce motif s'applique-t-il aux testaments? Les testaments font sortir les biens des familles, et plus facilement que les donations, puisque le donateur se dépouille lui-même, tandis que le testateur ne dépouille que ses héritiers. Dans l'ancien droit, on avait pourvu à ce danger; les réserves coutumières frappaient d'indisponibilité la majeure partie des biens du défunt. Le code Napoléon a aboli ces réserves: il a consacré la faculté de tester d'une manière illimitée lorsque le disposant ne laisse pas de descendants ni d'ascendants. On n'a jamais dit que les formes testamentaires aient pour objet d'empêcher le défunt de tester; elles tendent, au contraire, à assurer l'expression de sa vraie volonté. Donc il n'y a pas même motif de décider pour les testaments nuls en la forme et pour les donations nulles en la forme. Il suit de là que les testaments restent sous l'empire des principes généraux : nuls en la forme, ils n'expriment pas la volonté du défunt; il n'y a donc pas lieu d'exécuter ces volontés. Vainement les héritiers confirmeraient-ils les dispositions nulles en la forme; ils ne peuvent pas, en confirmant, créer une volonté que le défunt n'a pas eue; ce serait permettre aux héritiers de tester pour le défunt, ce qui est absurde.

465. Nous allons suivre la jurisprudence dans les applications qu'elle fait de sa doctrine. L'article 1340 admet la confirmation ou ratification volontaire par les héritiers du donateur. Par confirmation ou ratification la loi entend la confirmation expresse, c'est-à-dire la renonciation que fait l'héritier au droit qu'il a de se prévaloir de la nullité, pour mieux dire, de la non-existence de la

donation. Si la confirmation est constatée par écrit, l'acte doit être fait dans les formes voulues par l'article 1338; il faut que l'acte confirmatif fasse connaître la substance de l'obligation qu'il s'agit de confirmer; il doit contenir la mention du motif de l'action en rescision et l'intention de réparer le vice sur lequel l'action est fondée.

Il a été jugé que l'article 1338 est applicable, par identité de raison, à la confirmation d'un testament (1). Nous laissons de côté l'identité de raison pour nous en tenir à la décision. L'article 1340 est une anomalie; l'application analogique que la jurisprudence en fait au testament est tout aussi anomale. Il y a un testament nul en la forme, ce qui veut dire qu'il n'y a point de testament, donc pas de légataire. Toutefois l'héritier, par un motif quelconque, déclare confirmer le testament. Cette déclaration peut être verbale; elle peut se faire par écrit sous seing privé, cet écrit sera valable par la simple signature de l'héritier. Voilà donc un testament verbal, ou un testament olographe sans l'observation des formes testamentaires, et ce testament c'est l'héritier qui le fait; car, à la mort du testateur, il n'y avait rien, le néant, dit Merlin, un acte mort-né, dit Troplong, un acte sans existence légale, dit la cour de cassation. C'est la volonté de l'héritier qui donne la vie au néant, qui donne une existence légale à un acte qui n'existait pas aux yeux de la loi. C'est donc lui qui teste; et la loi valide ce testament étrange, sans observation d'aucune des formes testamentaires!

466. L'article 1340 admet aussi l'exécution volontaire comme une confirmation de la donation nulle en la forme. C'est la confirmation tacite. Si l'article 1340 s'applique aux testaments, il faut décider que l'exécution volontaire du testament par les héritiers vaut confirmation. C'est l'opinion des auteurs (2), et elle est consacrée par la jurisprudence. Qu'est-ce que la loi entend par exécution *volontaire?* Toute exécution n'est pas une confirmation, il faut que l'exécution ait eu lieu avec la volonté

(1) Bruxelles, 23 mai 1822 (*Pasicrisie*, 1822, p. 150).
(2) Voyez les auteurs cités par Dalloz, n° 2547.

de confirmer. Nous allons voir les conséquences qui en résultent.

Il y a un premier point qui n'est pas douteux : les héritiers ne peuvent confirmer le testament qu'après la mort du testateur; jusque-là il n'y a ni héritiers ni testament. Toute convention qui interviendrait du vivant du testateur serait radicalement nulle, car ce serait un pacte successoire, et le pacte successoire n'a pas d'existence légale; légalement inexistant, comment pourrait-il confirmer un testament qui est aussi inexistant? C'est un cercle vicieux d'impossibilités (1).

467. L'exécution volontaire est une confirmation tacite; il faut donc que les conditions requises pour qu'il y ait confirmation existent. Nous dirons, au titre des *Obligations*, quelles sont ces conditions. Il en est deux sur lesquelles il n'y a aucun doute, én principe : l'héritier doit connaître les vices qui rendent le testament nul, et il doit avoir l'intention de réparer ces vices, c'est-à-dire de renoncer au droit qui en résulte de demander la nullité du testament. Il doit connaître les vices; car l'exécution volontaire qui les purge est une renonciation à l'action en nullité qui naît des vices; or, on ne peut renoncer à un droit que l'on ignore. Il doit avoir l'intention de les effacer, c'est l'essence de la confirmation; on ne conçoit pas plus la confirmation sans intention de confirmer, que l'on ne conçoit un testament sans la volonté de donner.

La cour de cassation a consacré cette doctrine qui, du reste, n'est point douteuse : « L'exécution volontaire, assimilée par la loi à la confirmation, ne peut exister et par conséquent couvrir la nullité de l'acte que lorsque la connaissance du vice de cet acte a accompagné le fait duquel on prétend induire l'exécution volontaire (2). » L'arrêt ne parle pas de l'intention que l'héritier doit avoir de renoncer au droit que les vices de l'acte lui donnaient d'agir en nullité, parce que le débat ne portait pas sur ce

(1) Comparez Bruxelles, 22 mars 1817 (*Pasicrisie*, 1817, p. 351, et Dalloz, n° 2543).

(2) Rejet, chambre civile, 24 juillet 1839 (Dalloz, n° 3216, 2°). Comparez Rejet, 5 février 1829 (Dalloz, n° 2554, 1°).

point. Un arrêt de la cour de Colmar complète le principe en le formulant comme suit : « L'exécution volontaire d'un testament nul n'emporte la renonciation aux moyens et exceptions que l'on pouvait opposer à cet acte qu'autant qu'elle ait eu lieu tout à la fois avec la connaissance du vice à réparer et avec l'intention de le réparer. » La cour ajoute, pour préciser le caractère que doit avoir la renonciation, que les renonciations ne se présument pas; elle en conclut que « la connaissance des vices et l'intention de les réparer ne sauraient s'induire d'actes équivoques, de probabilités plus ou moins chanceuses; qu'elles ne peuvent résulter que de faits avérés constituant un abandon de droits positifs, intelligent et libre, dégagé de toute possibilité de surprise, d'ignorance ou d'erreur (1). »

468. Cependant ce principe, malgré son évidence, a été contesté. La cour de Bastia établit une distinction entre l'exécution volontaire et la confirmation. Pour la confirmation, dit-elle, la loi exige que celui qui confirme exprime la connaissance qu'il a du vice et l'intention qu'il a de le réparer. Nous arrêtons la cour à son point de départ : elle s'est laissé induire en erreur par la mauvaise rédaction de l'article 1338. Les auteurs en ont fait la remarque : la loi confond le fait juridique de la confirmation avec l'écrit destiné à la constater. Il y a des conditions exigées pour toute confirmation, qu'elle soit expresse ou tacite, qu'elle soit ou non constatée par écrit. Le législateur a négligé d'énumérer ces conditions; mais elles ne sont point douteuses, car elles découlent de l'essence même de la confirmation; c'est la renonciation au droit que l'on avait de demander la nullité d'un acte à raison des vices qui l'infectent; or, comment concevoir que l'on couvre les vices d'un acte sans les connaître? La cour de Bastia prétend que pour l'exécution volontaire la loi n'exige pas la connaissance du vice et l'intention de le réparer : celui qui exécute un testament, dit-elle, ne peut plus avoir l'intention de l'attaquer, l'exécution emporte de plein droit déchéance de toute exception ultérieure. En

(1) Colmar, 30 juin 1857 (Dalloz, 1858, 2, 42).

effet, ajoute la cour, les héritiers qui exécutent le testament sont *censés* connaître les faits qui les intéressent, et s'ils n'ont pas pris soin de s'en informer, cette négligence doit retomber sur eux, sauf à eux à prouver que l'exécution qu'ils ont donnée au testament est viciée par l'erreur, le dol ou la violence (1). Nous reviendrons sur ce dernier point qui concerne la difficulté de preuve. Quant à la théorie de la cour, elle est fondée sur une présomption que la loi ignore et que le législateur se gardera bien d'établir. En définitive, la cour fait la loi, et elle la fait très-mal. Pour le prouver, nous citerons le cas qui s'est présenté devant la cour de Colmar.

Dans l'espèce, le testament était nul, parce que l'un des témoins était clerc du notaire qui l'avait reçu; telle était du moins la prétention du demandeur. Or, dans l'acte, ce témoin était qualifié de géomètre-arpenteur; rien dans le testament ne pouvait révéler aux héritiers que le témoin avait encore une autre qualité, celle de clerc. Donc quand même l'héritier aurait pris connaissance du testament, il n'eût pu soupçonner la cause qui rendait le testament nul, si réellement le témoin avait été clerc du notaire qui avait reçu l'acte. Mais il n'était pas même établi que l'héritier eût eu connaissance du testament, sinon par son insertion partielle dans l'inventaire, et on n'y avait inséré que les dispositions, sans aucune indication des témoins ni des mentions exigées par la loi. C'est dans ces circonstances que l'on prétendait que l'héritier aurait renoncé à ses droits en assistant à l'inventaire dressé par le légataire. Dira-t-on que cet héritier était *censé* connaître des vices dont il ne pouvait pas se douter? Et l'on veut que celui qui ne soupçonne pas même les vices à raison desquels il a le droit de demander la nullité du testament, renonce au droit que ces vices lui donnent! Voilà à quoi conduisent les prétendues présomptions que les magistrats se plaisent à imaginer. Laissons là ces présomptions imaginaires et revenons au texte de la loi.

469. Puisqu'on admet que l'article 1340 s'applique

(1) Bastia, 27 juin 1865 (Dalloz, 1866, 2, 162).

aux testaments, il faut que l'exécution d'où l'on prétend induire une confirmation présente les caractères d'une confirmation tacite (1). Avant tout, il doit y avoir un fait d'exécution. Comment exécute-t-on un testament? Il s'agit des héritiers ; ils exécutent le testament en délivrant les legs, ou en consentant à cette délivrance; si eux-mêmes sont légataires, ils exécutent encore le testament, en recevant le legs qui leur est délivré. Il n'est pas même nécessaire que l'héritier reçoive la chose léguée, il suffit qu'il accepte le legs dans un acte authentique, en y prenant la qualité de légataire; car accepter, à un titre quelconque, la succession testamentaire, c'est exécuter le testament (2). Il en serait de même si la fille légataire se constituait le legs en dot; c'est un acte d'acceptation, donc d'exécution (3).

470. On a prétendu que le long silence des héritiers était un acquiescement ou une exécution volontaire du testament. Cela a été jugé ainsi dans un cas où les héritiers n'avaient attaqué le testament qu'après avoir gardé le silence pendant onze ans (4). Nous croyons que le silence, par lui seul, n'est pas une *exécution* du testament. Le mot d'*exécution* implique un fait positif; un fait négatif ou de simple abstention n'est pas un fait d'exécution (5). L'inaction des héritiers soulève une autre question : ne doit-on pas leur appliquer la prescription de dix ans? Cette prescription est une confirmation tacite; on l'applique aux héritiers du donateur; peut-on l'appliquer aussi aux héritiers du testateur? Le texte de l'article 1304 s'y oppose; il ne concerne que les conventions; donc il est étranger aux testaments. Il suit de là que le silence des héritiers ne peut jamais leur être opposé comme une confirmation. Leur action ne s'éteint que par la prescription trentenaire.

471. L'héritier assiste à la levée des scellés, il signe le procès-verbal. On a prétendu qu'il exécutait par là le

(1) Bruxelles, 1er mars 1870 (*Pasicrisie*, 1870, 2, 107).
(2) Liége, 23 mars 1872 (*Pasicrisie*, 1872, 2, 107).
(3) Toulouse, 18 mai 1824 (Dalloz, au mot *Substitution*, nº 43, 3º).
(4) Colmar, 29 mai 1823 (Dalloz, nº 2552, 4º).
(5) Caen, 15 février 1842 (Dalloz, nº 2546).

testament, puisque, en concourant à un acte fait par les légataires, il les reconnaît comme tels. Il a été jugé que la simple présence n'impliquait aucune exécution, l'héritier qui assiste à la levée des scellés joue un rôle purement passif (1); or, il faut un fait positif pour que l'on en puisse induire l'exécution et par suite la confirmation.

472. La déclaration de succession faite par les héritiers a été considérée comme une exécution du testament dans les circonstances suivantes. Le testament ne disposait que d'une partie des biens; il y avait donc concours de succession *ab intestat* et de succession testamentaire; si le testament était maintenu, il fallait deux déclarations, l'une par les héritiers légitimes, l'autre par les légataires. Cette double déclaration fut faite. Les héritiers ne firent aucune mention du mobilier légué, tandis que, de concert avec eux, les légataires firent une déclaration relative aux valeurs qui leur avaient été léguées. Ce concert supposait un accord, une convention qui tendait à l'exécution du testament (2).

473. Un partage régulier est une exécution directe du testament. Mais si le partage est irrégulier, s'il est fait par des incapables, il est lui-même nul, et comment un acte nul pourrait-il confirmer un acte nul? Il y a un arrêt en ce sens de la cour de cassation (3). On s'étonne que la question, si question il y a, ait parcouru tous les degrés de juridiction.

474. L'exécution du testament ne suffit point. Il faut, dit l'article 1340, que l'exécution soit volontaire, ce qui implique la volonté de confirmer l'acte que l'on exécute. Cette volonté ne se conçoit de la part de l'héritier que s'il connaît le vice qui infecte le testament; s'il ne le connaît pas, on ne peut pas dire qu'il renonce à l'action en nullité : comment renoncerait-il à un droit dont il ignore l'existence? La cour de Turin dit qu'il faut que l'héritier ait vu le testament, qu'il l'ait lu et connu (4). Celui, dit la

(1) Toulouse, 8 février 1866 (Dalloz, 1866, 2, 32).
(2) Rennes, 12 mai 1851 (Dalloz, 1853, 2, 33).
(3) Rejet, 31 mai 1848 (Dalloz, 1848, 1, 123).
(4) Turin, 4 et 12 mars 1806 (Dalloz, nº 2544, 3º et 4º).

cour de Montpellier, qui reçoit un legs exécute à la vérité le testament; mais s'il n'a ni vu ni discuté le testament, s'il n'a pas connaissance des vices qui le rendent nul, il ne renonce pas au droit qu'il a d'en demander la nullité (1). La cour de cassation a consacré cette doctrine, qui n'aurait jamais dû être mise en question, tellement elle est évidente : il n'y a pas confirmation, dit la cour, quand l'héritier n'a ni vu ni discuté le testament (2).

La cour de cassation a fait une application remarquable de ce principe dans l'espèce suivante. Par acte authentique, les héritiers déclarent avoir pris connaissance du testament, l'approuver et renoncer à l'attaquer par quelque motif que ce soit. Ils découvrent ensuite que la date du testament est fausse : peuvent-ils, malgré leur renonciation, demander la nullité du testament? La cour de cassation s'est prononcée pour l'affirmative. Il est vrai que les héritiers avaient vu le testament, mais ils ignoraient que la date fût fausse; ils ne connaissaient donc pas le vice qui rendait le testament nul; leur renonciation pouvait-elle couvrir un vice qu'ils ne soupçonnaient point (3)?

475. L'application du principe donne lieu à une difficulté de preuve. Est-ce à l'héritier de prouver qu'il n'avait pas vu le testament et qu'il ne connaissait pas le vice qui le rendait nul? ou est-ce au légataire de prouver que les héritiers ont exécuté le testament ayant connaissance du vice? Il faut appliquer les principes qui régissent la preuve. C'est l'héritier qui attaque le testament; comme demandeur, il doit prouver le fondement de sa demande. Il agit en nullité, il doit donc prouver la cause de nullité. Quand cette preuve est faite, le testament doit être annulé, à moins que l'héritier ne l'ait confirmé; la confirmation est une fin de non-recevoir, donc une exception que le légataire oppose au demandeur en nullité. C'est au défendeur de prouver le fondement de son exception. C'est donc au

(1) Montpellier, 22 avril 1831 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 45).
(2) Rejet, chambre civile, après délibéré en la chambre du conseil, 12 novembre 1816 (Dalloz, n° 2544, 1°).
(3) Rejet, chambre civile, 14 mai 1867 (Dalloz, 1867, 1, 201). Comparez Rejet, 9 novembre 1814 (Dalloz, n° 2550, 2°).

légataire de prouver que l'héritier a confirmé le testament. Suffit-il pour cela qu'il prouve l'exécution du testament par l'héritier? Non, car l'exécution à elle seule n'est pas une confirmation; il faut de plus que l'héritier ait connu le vice en exécutant le testament; c'est donc au légataire à établir ce fait (1). Nous reviendrons sur la question, au titre des *Obligations;* elle est controversée. On objecte que celui qui exécute un acte est *présumé* l'avoir connu, parce que les hommes sont censés agir dans leurs affaires avec le discernement que suggère l'intérêt privé (2). De quelle présomption s'agit-il? D'une présomption légale? La loi l'ignore. Or, il n'y a pas de présomption sans loi. S'agit-il de présomptions de l'homme? Elles sont rarement admissibles, et la loi les abandonne à la prudence du juge, qui les apprécie d'après les circonstances de chaque cause (art. 1353).

476. La connaissance du vice qui rend le testament nul ne suffit point, il faut que l'héritier ait eu l'intention de le réparer. Cette intention constitue l'essence de la confirmation. Il y a des arrêts qui exigent que l'héritier manifeste son intention par une approbation expresse (3). C'est confondre la confirmation tacite avec la confirmation expresse. Pour qu'il y ait confirmation expresse, il faut naturellement que l'héritier déclare renoncer à l'action en nullité ou confirmer le testament; peu importent les termes. Mais la confirmation tacite ne demande pas de déclaration expresse de volonté, cela serait contradictoire. L'intention de confirmer se manifeste dans ce cas par un fait, l'exécution volontaire; mais il faut que le fait ne laisse aucun doute, car les renonciations ne se présument jamais; il faut donc que la volonté de confirmer résulte nécessairement de l'acte d'exécution. L'appréciation du fait est nécessairement abandonnée au juge.

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 490, § 664.
(2) Troplong, t. II, p. 116, n° 1749.
(3) Nîmes, 12 août 1809 (Dalloz, n° 3067). Comparez Grenoble, 7 août 1819 (Dalloz, n° 2549).

SECTION II. — Des legs.

§ Ier. *Principes généraux.*

ARTICLE 1. Qualification des legs.

477. L'article 1002 porte : « Les *dispositions testamentaires* sont ou universelles, ou à titre universel, ou à titre particulier. Chacune de ces dispositions, soit qu'elle ait été faite sous la dénomination d'*institution d'héritier*, soit qu'elle ait été faite sous la dénomination de *legs*, produira son effet suivant les règles ci-après établies pour les *legs universels*, pour les *legs à titre universel* et pour les *legs particuliers*. » Ainsi, dans le langage du code, toute *disposition testamentaire* est un *legs*; les effets des legs diffèrent suivant qu'ils sont universels, à titre universel ou à titre particulier. Le code n'impose pas ces dénominations aux testateurs; ils sont libres de donner à leurs dispositions tel nom qu'ils veulent. Ce n'est pas le nom que le testateur donne à sa disposition qui en détermine la nature et les effets; le nom peut être impropre, erroné; le législateur ne s'attache qu'à la volonté; quand il rencontre une volonté clairement manifestée, il lui donne effet, quelle que soit la dénomination dont le testateur s'est servi.

478. Le code suit en cette matière les principes du droit coutumier, plus conformes à l'équité naturelle que le formalisme romain. D'après le droit romain, il fallait une institution d'héritier pour que le testament fût valable. Nous n'avons pas à rechercher l'origine de cette solennité; il est certain qu'elle n'est guère en harmonie avec le droit du testateur, ni avec les motifs pour lesquels le législateur a consacré la faculté de tester. Si l'homme a le droit de disposer de ses biens après sa mort, il faut lui permettre d'en disposer comme il veut, soit de tous ses biens, soit d'une partie. Il y a plus. Le testament n'est qu'une exception à l'ordre de succession que la nature elle-même établit entre proches parents; il importe donc que le testateur s'en écarte le moins possible. Dans cet

ordre d'idées, les dispositions testamentaires doivent être des legs plutôt qu'une institution d'héritier. Tel était l'esprit de nos coutumes; elles n'admettaient pas que l'homme pût créer un héritier; c'est le lien du sang qui donne le droit d'hérédité; or, le sang, nous le tenons de la nature, c'est-à-dire de Dieu. Le testateur ne peut faire que des legs.

Par réaction contre le formalisme romain, les coutumes dépassèrent le but; il y en avait qui annulaient les dispositions faites sous le nom d'institution d'héritier. Le code ne connaît plus ces prédilections et ces antipathies; il s'inspire des coutumes; mais, plus conséquent, il laisse pleine liberté au testateur de disposer comme il veut. Il fait même une concession au droit romain, en accordant la saisine aux légataires universels lorsqu'il n'y a pas d'héritiers réservataires (1).

479. Jaubert, le rapporteur du Tribunat, dit que la loi n'a égard qu'à la volonté du disposant : « Il suffit que le testateur ait explicitement fait connaître ce que devra recueillir l'individu en faveur duquel il dispose.. » Le testateur fait un premier testament dans la forme mystique; cet acte est nul comme n'étant signé que par quatre témoins. Puis il teste par acte public; il y fait des legs particuliers, en disant qu'ils seront payés par un tel, son *héritier universel*. Cette disposition incidente suffisait-elle pour attribuer les biens à celui qui y était désigné comme *héritier?* La cour de cassation a décidé qu'il y avait volonté du testateur d'instituer un héritier universel et que cette volonté était complétement manifestée, la loi n'exigeant pas de formule sacramentelle. On objectait que l'institution ne se trouvait pas dans le second testament, mais dans le premier, et que le premier était nul. La cour répond que la volonté était prouvée suffisamment par le second testament, sans que l'on eût besoin de recourir au premier (2).

480. Les termes dont le testateur se sert pour expri-

(1) Jaubert, Rapport au Tribunat, nos 60 et 61 (Locré, t. V, p. 356).
(2) Rejet, 24 janvier 1837 (Dalloz, no 3422, 3o).

mer sa pensée laissent parfois du doute sur le point de savoir si l'acte est une donation entre-vifs ou un legs. Nous avons dit ailleurs que le mot *donner* s'emploie indifféremment pour toute libéralité, soit entre-vifs, soit à cause de mort. Le juge décidera, d'après les circonstances, s'il y a donation ou testament. Dans un cas qui s'est présenté devant la cour de Liége, il a été jugé qu'il y avait legs; le défunt avait déclaré donner par préciput et avant partage, en ayant soin de dire qu'il avait écrit l'acte de sa main; de plus le gratifié n'était pas partie à l'acte, il n'y avait donc aucune apparence de convention, ce qui excluait l'idée d'une donation; tandis que le défunt avait rempli toutes les formalités prescrites pour le testament olographe (1).

481. On a prétendu que les dispositions faites sous forme de charge n'étaient pas des legs. Un tribunal l'avait jugé ainsi pour valider un testament. Le testateur, possesseur d'une fortune considérable, avait chargé son légataire universel de *payer* à son frère germain une somme de 50 francs, à sa sœur consanguine 25 francs, à son frère consanguin la même somme. Il se trouva que le testament était nul parce que l'un des témoins était parent au quatrième degré des frères avantagés d'une manière si dérisoire. Le tribunal de Strasbourg jugea que ce n'étaient pas des legs; ce jugement fut réformé par la cour de Colmar, qui dit très-bien que la véritable cause d'une disposition de dernière volonté c'était l'esprit de libéralité; cela résulte implicitement de l'article 1022, aux termes duquel un legs fait au créancier n'est pas censé fait en compensation de sa créance (2). Donc dans les actes à cause de mort, le mot *payer* indique un legs aussi bien que le mot *donner*.

482. Il n'est pas même nécessaire que la disposition soit faite en termes directs; le testateur peut disposer

(1) Liége, 5 mai 1831 (*Pasicrisie*, 1831, p. 122).

(2) Colmar, 10 mars 1832, et Rejet, 27 novembre 1833 (Dalloz, n°s 3422, 5° et 3190, 3°). Jugé que la charge de faire imposée à l'héritier au profit d'un tiers est un legs quand elle est faite dans les termes suivants : « J'engage et je veux, s'il m'est permis de parler ainsi, etc. » Angers, 19 mai 1853 (Dalloz, 1853, 2, 204).

par voie d'exclusion, pourvu qu'il indique suffisamment ceux auxquels doit revenir l'hérédité ou la portion de l'hérédité dont il exclut certains parents. Une veuve institue les nièces de son mari ses légataires universelles, puis elle révoque toutes les dispositions de dernière volonté qu'elle avait faites, en ajoutant: « De plus, ma volonté est que toute la parenté de la ligne paternelle sera et restera entièrement exclue de ma future succession. » Cette exclusion n'avait qu'un sens, c'est que la moitié des biens qui, d'après la loi, aurait dû revenir à la ligne paternelle était dévolue, par la volonté de la testatrice, à la ligne maternelle. C'était donc une institution des parents maternels pour cette moitié. La disposition fut ainsi interprétée par la cour de Colmar et, sur pourvoi, par la cour de cassation (1). De même l'exclusion des collatéraux profite aux ascendants; car, dit la cour de Bordeaux, le testateur qui exclut un ou plusieurs de ses successibles attribue par cela même la part dont il les prive à ceux que la loi appelle à la succession à leur défaut; il n'est pas nécessaire de les désigner individuellement, puisque la désignation se trouve dans la loi (2). Il a été jugé que l'effet de l'exclusion subsiste, bien que le legs universel fait par le testateur devienne caduc par la renonciation du légataire; l'exclusion est une disposition implicite, indépendante de la disposition faite explicitement par le testateur; donc elle subsiste quand celle-ci devient caduque. Il y a plus, elle ne peut produire d'effet que par la caducité du legs universel, comme le dit très-bien la cour de cassation (3).

483. Il ne faut pas confondre l'exclusion d'une partie des héritiers au profit des autres avec l'exhérédation absolue. Si l'exhérédation est absolue en ce sens que le testateur exclut tous ses parents de son hérédité, sans instituer personne, l'acte est nul, car ce n'est pas un testament, tout testament devant contenir une disposition de biens (4).

(1) Rejet, 7 juin 1832 (Dalloz, n° 4156, 1°).
(2) Bordeaux, 26 août 1850 (Dalloz, 1851, 2, 31).
(3) Rejet, chambre civile, 10 février 1869 (Dalloz, 1869, 1, 175).
(4) Comparez une dissertation de Thiercelin, dans le *Recueil périodique*

Nous n'insistons pas, c'est une de ces thèses d'école que la pratique ignore; il n'est jamais entré dans la pensée d'un être raisonnable de déshériter tout le monde, en ne laissant ses biens à personne. Celui qui veut exhéréder sa famille lègue ses biens à une personne quelconque.

484. Il y a un mode de disposer qui existait en droit romain et que le code civil n'a pas maintenu, c'est la donation à cause de mort. Si une disposition qualifiée de legs présentait les caractères d'une donation à cause de mort, elle serait nulle. Nous renvoyons à ce qui a été dit ailleurs sur cette matière (1). Par contre, si le testateur ou le notaire avait donné le nom de donation à cause de mort à un legs qui ne présente aucun caractère de cette donation, la disposition serait valable, car le législateur ne considère point les termes dont les rédacteurs de l'acte se sont servis; il ne considère que la nature de la disposition (art. 967). La cour de cassation l'a jugé ainsi (2), et cela n'est pas douteux.

ART. 2. Des conditions requises pour l'existence de tout legs.

485. Le testament est une espèce de donation; il faut donc qu'il y ait un donataire ou légataire et une chose qui lui est donnée ou léguée. De là suit que deux conditions sont requises pour qu'il y ait un legs : il faut que l'on sache, dit Pothier, à qui le testateur a voulu léguer, il faut aussi que l'on puisse connaître ce qu'il a voulu léguer. Pour la chose léguée il ne se présente guère de difficultés. Ce que Pothier en dit est si évident qu'on pourrait le passer sous silence parce que cela va de soi. Il suffit que l'on sache, dit-il, quelle chose le testateur a voulu léguer, quand même il se serait trompé sur le nom de la chose léguée. De même la fausse démonstration ne nuit point : si j'ai légué mon Corps de droit relié en veau, le legs est valable, bien que le volume soit relié en basane.

de Dalloz, 1863, 1, 441, et les motifs d'un arrêt de Bordeaux, du 20 février 1865 (Dalloz, 1865, 2, 150).

(1) Voyez le tome XI de mes *Principes*, p. 118, nos 96-98.

(2) Rejet, 1er mars 1841 (Dalloz, no 2941).

Si la chose léguée est entièrement incertaine, il n'y a point de legs. Mais si l'incertitude porte seulement sur deux ou plusieurs choses, le legs sera valable ; il sera, dans ce cas, au choix de l'héritier de donner celle qu'il voudra (1).

Le légataire doit être clairement désigné par le testament. Lorsque, dit Pothier, on ne peut absolument discerner quel est celui au profit de qui le testateur a voulu tester, la disposition est nulle. Cela encore est évident. Mais ici les difficultés abondent ; il faut nous y arrêter.

N° 1. DÉSIGNATION DU LÉGATAIRE.

486. Le code ne contient aucune disposition sur la désignation du légataire. C'est donc une question de fait plutôt que de droit. La manière régulière de faire connaître une personne, c'est de la désigner par ses nom et prénoms. Mais la loi ne l'exige pas ; il suffit que la désignation fasse connaître le légataire. Il arrive souvent que dans les familles on conserve à un enfant le surnom qui lui a été donné dans sa tendre enfance ; le testateur dit qu'il fait tel legs à sa sœur Minette ; ce legs a été validé par la cour de Metz parce qu'il n'y avait aucun doute sur la personne (2). Parfois les légataires ne sont désignés par aucun nom individuel, ce qui n'empêche pas qu'ils ne soient parfaitement certains, la désignation collective sous laquelle ils sont compris ne laissant aucun doute sur leur personnalité. Le testateur appelle à sa succession les descendants de trois estocs qu'il indique, en quelque nombre qu'ils soient ; il a été jugé que ce legs est valable, parce que l'existence individuelle des légataires n'est susceptible d'aucun doute (3). Toutefois ces désignations collectives donnent lieu à de nombreux procès ; nous y reviendrons plus loin. Par application du même principe, il a été jugé que la remise des intérêts que le testateur accorde à ses débiteurs faisait connaître suffisamment les légataires, attendu que les dettes étaient constatées par des actes qui

(1) Pothier, *Des donations testamentaires*, nos 78, 80 et 81.
(2) Metz, 21 mars 1822 (Dalloz, n° 3434, 1°).
(3) Riom, 14 août 1809 (Dalloz, n° 3434, 2°).

désignaient les débiteurs par noms, prénoms et qualités (1). Il y a même des légataires qui ne doivent pas être désignés ; tels sont les établissements publics : c'est le service dont ils sont chargés qui les désigne. Bien souvent les testateurs ou les notaires s'y trompent, en attribuant les legs à un établissement qui ne peut accepter la libéralité, parce qu'elle est étrangère à la mission qui lui est confiée; l'arrêté royal qui autorise l'acceptation rectifie, en ce cas, la désignation erronée qui se trouve dans l'acte; nous en avons donné de nombreux exemples en traitant des dons et legs faits aux établissements d'utilité publique (2).

487. La désignation du légataire est parfois obscure, équivoque, partant incertaine; les héritiers ne manquent pas de s'en prévaloir pour demander la nullité du legs. Il y a sur ce point une règle que la jurisprudence a consacrée. Le juge doit voir si la volonté de léguer est certaine. Si le testateur a clairement manifesté l'intention de faire un legs à une personne qu'il a désignée d'une manière équivoque, le juge doit chercher à dissiper l'incertitude. Il n'y a aucun doute quand le testament donne les moyens de compléter la pensée du testateur; mais la jurisprudence va plus loin; le juge peut consulter les faits et les circonstances de la cause pour déterminer la volonté du testateur (3). Cela aboutit à faire une enquête; c'est, par conséquent, la preuve testimoniale que l'on invoque; le peut-on d'après les principes qui régissent la preuve par témoins? L'article 1341 la rejette lorsqu'il y a un acte qu'il s'agit d'interpréter. Si cela est vrai des conventions, à bien plus forte raison, semble-t-il, en doit-il être ainsi lorsqu'il s'agit d'interpréter un testament : recourir à la preuve testimoniale pour déterminer la volonté du testateur, n'est-ce pas risquer de substituer à la volonté du défunt une volonté qui n'est pas la sienne? Il n'y a qu'un moyen, dit-on, de respecter la volonté du testateur, il faut la chercher dans le testament même.

(1) Lyon, 29 avril 1825 (Dalloz, au mot *Notaire*, n° 411).
(2) Voyez le tome XI de mes *Principes*, p. 273, n°s 197-254.
(3) Rejet, 18 novembre 1812 (Dalloz, n° 3439, 1°).

L'objection est grave, mais elle n'est point sans réponse. A force de respecter la volonté du testateur, il faut se garder de la méconnaître. Or, on suppose que la volonté de disposer est certaine; dès lors il faut lui donner effet; si elle a été exprimée d'une manière équivoque, il faut la préciser; et le seul moyen de la préciser c'est de faire une enquête. L'article 1341 ne s'oppose pas à l'admission de la preuve testimoniale. Il suppose que la preuve est demandée par l'une des parties qui figure à l'acte; le légataire ne figure pas au testament; si donc on veut appliquer, par analogie, aux testaments les règles que la loi établit sur la preuve testimoniale en matière de contrats, il faut permettre au légataire de demander la preuve par témoins, en vertu de l'article 1348, aux termes duquel les règles de l'article 1341 reçoivent exception lorsqu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale de l'obligation qui a été contractée envers lui. La jurisprudence est constante en ce sens (1).

La cour de cassation de Belgique dit qu'en permettant aux légataires de recourir à des enquêtes, on ne cherche pas la volonté du testateur ailleurs que dans le testament; seulement le juge vérifie, avant de faire droit, à qui s'appliquent les expressions dont le testateur s'est servi pour désigner le légataire (2). Même décision de la cour de cassation de France. Elle distingue. L'incertitude sur la disposition elle-même ne peut être levée que par les énonciations du testament. Il en est autrement de l'incertitude sur la personne qui en est l'objet; pour dissiper le doute qui résulte des termes dont le testateur s'est servi dans la désignation de ceux qu'il a voulu gratifier, les tribunaux peuvent et doivent avoir égard aux faits et circonstances de la cause (3). Y a-t-il un texte de loi qui s'y oppose? Telle est la difficulté légale, comme le dit très-bien la cour de Bruxelles; et elle répond qu'aucune loi ne défend, pour établir le sens et la portée d'une disposi-

(1) Grenoble. 1er décembre 1830 (Dalloz, n° 3439, 2°).
(2) Rejet, 3 mars 1834 (*Pasicrisie*, 1834, 1, 219, et Dalloz, n° 3441).
(3) Rejet. 22 janvier 1851 (Dalloz, 1851, 1, 89).

tion testamentaire, de recourir à une preuve extrinsèque par témoins (1).

488. Il se présente, dans l'application de ce principe, une difficulté que l'on rencontre bien souvent dans l'interprétation des lois. Les termes dont le testateur s'est servi sont clairs, ils ne laissent aucun doute ; on prétend cependant qu'ils ne rendent pas sa pensée; on demande à prouver, par exemple, qu'il s'est trompé de prénom et par suite de personne. Cette preuve sera-t-elle admissible? La cour de cassation a jugé que les tribunaux ne peuvent pas recourir à des preuves extrinsèques lorsque les expressions du testament excluent tout doute sur l'intention du testateur. Dans l'espèce, la testatrice léguait une pièce de terre à l'une de ses petites-nièces, en la désignant par son nom, son prénom et le lien de parenté qui la rattachait à elle; on prétendait qu'elle s'était trompée de prénom et qu'elle avait voulu désigner la sœur, une autre petite-nièce qui portait un prénom différent (2).

La règle admise par la cour est conforme à la tradition. Domat enseigne que la preuve extrinsèque est admissible lorsque l'expression de la volonté du testateur est ambiguë ou incomplète. Il ajoute que les expressions parfaitement claires ne souffrent pas d'interprétation pour en faire connaître le sens, puisque leur clarté le rend évident. Recourir à une preuve extrinsèque, lorsque la volonté du testateur est exprimée bien nettement, ce serait, sous le prétexte de suivre la volonté du testateur, lui faire dire autre chose que ce qu'il dit, et par conséquent méconnaître sa vraie volonté (3).

Quand il s'agit de l'interprétation des lois, on admet une exception à la règle qui défend de recourir à l'esprit de la loi lorsque le texte est clair. S'il est prouvé que la rédaction, quelque claire qu'elle soit, n'exprime pas la vraie volonté du législateur, l'on peut redresser l'erreur, ce qui se fait par les travaux préparatoires. Ne doit-on pas admettre la même exception pour les testaments? La

(1) Bruxelles, 21 décembre 1863 (*Pasicrisie*, 1869, 2, 417).
(2) Rejet, 23 février 1863 (Dalloz, 1863, 1, 171).
(3) Domat, *Lois civiles*, livre III, *des Testaments*, sect. VI, n° 2, p. 434.

cour de Bruxelles a jugé, dans une espèce presque identique à celle que nous venons de rapporter, que le testateur s'était trompé de prénom et par suite de personne(1). Cependant la décision n'est pas contraire à celle de la cour de cassation de France, ni à la doctrine traditionnelle. C'est dans le testament même que la cour de Bruxelles a cherché la volonté du testateur. On ne pouvait pas dire que les termes du testament excluaient tout doute; le doute naissait, au contraire, du testament, et il trouvait sa solution dans le testament. C'est aussi en ce sens qu'il faut entendre la doctrine de Domat. Il dit que l'intention doit être préférée à l'expression, lorsque la *suite du testament* fait nettement connaître cette intention (2). Donc il ne faut pas isoler la clause qui désigne un légataire, de la suite du testament; quelque claire que soit la désignation, le testateur peut s'être trompé, et si la suite du testament prouve qu'il s'est trompé, on doit redresser l'erreur. Mais si les termes sont clairs et que la prétendue erreur ne soit pas prouvée par le testament, il faut s'en tenir au principe formulé par la cour de cassation, principe qui est celui des lois romaines : *Cum in verbis nulla est ambiguitas, non debet admitti voluntatis quæstio.*

489. L'application de ces principes soulève des difficultés de fait plutôt que de droit. Nous nous bornerons à quelques exemples empruntés à la jurisprudence. Une testatrice manifeste clairement la volonté d'instituer deux héritiers, chacun pour moitié. Elle désigne l'un de ces héritiers d'une manière précise. Le nom du second n'est pas inscrit dans le testament, mais il s'y trouvait des énonciations qui indiquaient les intentions de la testatrice. C'est d'après ces indications que la cour de Lyon détermina la volonté de la défunte. La cour de cassation rejeta le pourvoi, parce qu'il s'agissait d'une interprétation d'acte et d'une appréciation de volonté, ce qui rentre dans les attributions exclusives des juges du fait (2).

(1) Bruxelles, 2 juin 1852 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 114).
(2) Domat, *Lois civiles*, livre III, *des Testaments*, sect. VI, n° 15, p. 436.
(3) Rejet, 24 avril 1834 (Dalloz, n° 3435, 1°). Comparez Bruxelles, 2 juin 1852 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 114).

490. Lorsque l'incertitude que la désignation laisse sur la personne du légataire ne peut être dissipée par les faits et les circonstances de la cause, le juge doit annuler le legs ; pour mieux dire, il doit déclarer qu'il n'y a point de legs. Un cas singulier s'est présenté devant la cour de Bruxelles. La testatrice institue, par testament mystique, un sieur Thomas père légataire universel. Il se trouva deux personnes de ce nom, ayant eu l'une et l'autre des relations plus ou moins intimes avec la défunte. Un Thomas, notaire, prouva que, pendant nombre d'années, il avait géré les affaires de la testatrice et de sa famille. Un Thomas, fripier, prouva, de son côté, qu'il fréquentait la maison de la défunte et lui avait rendu des services pénibles pendant la maladie de la sœur de la testatrice. Celle-ci avait-elle entendu avantager le notaire ou le fripier? On ne le savait. La cour de Bruxelles dit très-bien qu'il est presque impossible de préciser les motifs qui engagent une personne à tester; tantôt ce sont des motifs qu'elle n'oserait avouer, tantôt c'est un caprice. Dans l'espèce, le legs devait tomber, parce qu'on ne savait à qui l'attribuer (1). Un cas analogue s'était déjà présenté devant la même cour, et avait été décidé dans le même sens (2).

Nº 2. SENS DES EXPRESSIONS QUI DÉSIGNENT DES LÉGATAIRES COLLECTIFS.

I. *Sens du mot* enfants.

491. Quel est le sens du mot *enfants?* comprend-il seulement les descendants au premier degré? ou s'entend-il de toute la descendance? et comment les descendants d'un enfant prédécédé succèdent-ils? de leur chef ou par représentation? Ces questions sont très-controversées. Pour les résoudre, on recourt d'ordinaire au droit romain et à la tradition française. Merlin cite Du Moulin, Ricard, Furgole, qui tous disent que le mot *enfants* a le

(1) Bruxelles, 25 août 1835 (*Pasicrisie*, 1835, 2, 173).
(2) Bruxelles, 3 décembre 1818 (*Pasicrisie*, 1818, p. 232, et Dalloz, nº 3138).

même sens que le mot *liberi*; qu'il se dit de toute la descendance (1). Il nous semble que c'est mal poser la question. Il ne s'agit pas de savoir quel est le sens légal du mot *enfants*, il s'agit d'interpréter la volonté du testateur. La loi ne définit pas le mot *enfants*; elle l'emploie souvent dans le sens traditionnel; elle l'emploie aussi pour signifier les descendants du premier degré. Nous croyons inutile d'entrer dans ces détails. Il suffit que le mot *enfants* ait deux sens dans le langage juridique pour que le testateur puisse l'employer dans l'un ou dans l'autre. Dès lors la question se réduit à interpréter l'intention du testateur. C'est au juge à la rechercher d'après les faits et les circonstances de la cause. Les legs sont une marque d'affection : le testateur a-t-il la même affection pour les descendants que pour les enfants? Il suffit de poser la question pour se convaincre que l'on a tort de la décider en termes généraux. Le législateur, se fondant sur l'affection présumée du père pour ses descendants, et de l'oncle pour les descendants de son frère, les appelle à la succession par représentation de leur père prédécédé; il n'établit pas la représentation en ligne collatérale. Cela est très-logique comme règle générale et législative. Mais en matière de testaments il y a autant de lois particulières qu'il y a de legs, et l'on ne peut pas dire que le testateur avait pour tous les descendants de son frère l'affection que la loi lui suppose; de même on ne peut pas décider *à priori* qu'il n'a pas pour les enfants d'un cousin l'affection qu'il avait pour leur père. L'affection est un sentiment tout à fait individuel et il n'est point raisonné; c'est dire que le juge doit chercher dans chaque espèce quels étaient les sentiments du testateur.

Ainsi s'expliquent les arrêts, en apparence contradictoires, rendus par la même cour. La cour de Liége a décidé la question de droit comme nous venons de le faire. En fait, elle a jugé tantôt que le mot *enfants* ne devait pas être limité aux descendants du premier degré, parce que, dans l'espèce, aucune considération d'affection par-

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Enfants*, § II, n° 2 (t. X, p. 299 et suiv.).

ticulière ne justifiait cette interprétation (1); tantôt elle a admis l'interprétation extensive (2). Il est difficile d'approuver ou de critiquer des décisions de pur fait. La seule chose que nous tenions à constater est que la question est de fait, et non de droit. La cour de Riom s'est prononcée en ce sens ; elle remarque que la loi entend généralement par le mot *enfants* toute la descendance, mais elle décide que, dans l'espèce, le testateur n'avait pas voulu donner à ce mot une acception aussi étendue (3).

De ce que le législateur emploie d'ordinaire le mot *enfants* dans le sens le plus large, faut-il conclure, comme le fait la cour de Grenoble, qu'en droit, et par conséquent en règle générale, ce mot comprend les descendants de tous les degrés, à moins qu'il ne soit prouvé que le testateur l'a pris dans un sens plus étroit (4)? Nous ne croyons pas que la règle d'interprétation ainsi formulée puisse être admise : elle transforme en question de droit ce qui est une question d'intention. Il faut laisser l'usage législatif de côté, d'abord parce qu'il varie, puis parce que les testateurs ne sont pas des législateurs ; on ne peut pas leur supposer la connaissance du droit et du langage juridique ; il faut donc se placer exclusivement au point de vue de leur volonté individuelle (5).

Il y a des arrêts qui semblent décider la question en termes généraux, mais en y regardant de près, on voit que ce sont des considérations individuelles qui ont déterminé les juges. La cour de Poitiers dit que, d'après le droit ancien, les auteurs modernes et la jurisprudence, ainsi que d'après les articles 914 et autres du code Napoléon, il est certain que l'expression générique d'*enfants* comprend nécessairement les petits-enfants qui viennent par représentation de leurs parents. Si cette signification était *certaine* et *nécessaire*, il était inutile de constater, comme le fait l'arrêt, que la bienveillance affectueuse de

(1) Liége, 24 février 1870 (*Pasicrisie*, 1870, 2. 130).
(2) Liége, 20 février 1869 (*Pasicrisie*, 1869, 2, 333).
(3) Riom, 24 mai 1861, (Dalloz, 1861, 2, 133).
(4) Grenoble, 15 mai 1834 (Dalloz, n° 3453). Comparez Metz, 6 août 1870 (Dalloz, 1871, 2, 106).
(5) Tribunal de Gand, 11 novembre 1872 (*Pasicrisie*, 1873, 3, 94).

la testatrice s'était naturellement portée sur son frère et sur sa descendance, et qu'aucune intention de restriction ne résultait de l'esprit ni de la lettre du testament (1).

La cour de Toulouse part d'un principe contraire; d'après elle, l'expression *enfants* ne comprend, en règle générale, que les personnes qui occupent le premier degré en ligne directe descendante, tandis que ceux qui occupent des degrés inférieurs sont désignés par des termes particuliers. Toutefois la cour dit que la volonté du testateur est la seule règle à suivre pour le partage des objets dont il a disposé; puis elle démontre par l'ensemble des clauses du testament que l'intention du testateur était de restreindre ses dispositions aux descendants du premier degré (2).

La cour de Bruxelles s'est aussi prononcée pour l'interprétation restrictive dans une espèce où le testateur avait disposé au profit de ses cousins; mais elle n'a pas jugé en droit. « Fût-il vrai, dit l'arrêt, que par le mot *enfants* il faille comprendre les petits-enfants quand le testateur dispose en faveur de ses cousins, encore cela ne serait qu'autant que le testateur n'aurait pas manifesté une intention contraire. » Puis la cour établit longuement que l'intention du défunt a été de restreindre ses dispositions à ses cousins (3).

La jurisprudence, malgré sa diversité plus apparente que réelle, consacre donc le principe que nous avons établi : le débat se réduit à une question d'intention.

492. Quand le testateur appelle à sa succession les enfants et les petits-enfants, ceux-ci succèdent-ils par tête ou par représentation? C'est encore une question d'intention. Dans une espèce où le testateur avait institué les enfants et petits-enfants d'un sieur Pascal, il ajoutait *mes proches amis*. La cour de Bruxelles, considérant que les petits-enfants n'étaient pas appelés individuellement, mais collectivement, en leur qualité de descendants et comme *proches amis* du défunt, décida qu'à ce titre ils ne pou-

(1) Poitiers, 10 août 1858 (Dalloz, 1859, 2, 108).
(2) Toulouse, 1er mars 1820 (Dalloz, n° 3454, 1°).
(3) Bruxelles, 10 mai 1826 (*Pasicrisie*, 1826, p. 140, et Dalloz, n° 3454, 2°).

vaient venir à la succession que comme représentant leur mère; telle est d'ailleurs, ajoute l'arrêt, l'affection présumée du défunt pour ses descendants, que celui qui meurt est remplacé par ses enfants, mais ceux-ci ne peuvent avoir que la part qu'aurait eue le défunt s'il avait survécu (1). La cour de Bruxelles a porté la même décision dans une espèce où le testateur avait institué sa sœur, son neveu et les enfants de son frère, *conjointement* pour deux tiers; les enfants étaient appelés collectivement, donc par représentation. On prétendait que le mot *conjointement* signifiait par *parts égales;* cette interprétation fut repoussée. La cour se fonde sur l'intention du testateur; s'il avait voulu gratifier individuellement chacun des enfants de son frère, il les aurait appelés nominativement; quant au mot *conjointement,* il se rapporte au droit d'accroissement et n'a rien de commun avec le partage (2).

L'appel collectif implique, en général, la succession par représentation. Mais le testateur peut manifester une intention contraire, et il la manifeste suffisamment quand il ajoute, *par égale portion,* ou une expression analogue qui indique que le testateur a voulu avantager individuellement et à titre égal chacun des descendants (3).

Quand le testateur n'appelle pas expressément les petits-enfants, mais que le juge décide qu'ils sont compris sous l'expression générale d'enfants, on suit les mêmes principes, c'est-à-dire que la manière de succéder dépend de l'intention du testateur, aussi bien que le droit de succéder. Quand la volonté bien constatée du défunt est de suivre l'ordre légal, et que le legs est fait au profit des enfants du frère du défunt, la question est par cela même décidée (4).

493. Nous avons supposé jusqu'ici une postérité légitime. On a soutenu que le mot *enfants* comprenait les enfants naturels reconnus. Il est certain que le testateur peut les admettre à la succession; mais s'il ne l'a pas fait,

(1) Bruxelles, 12 juillet 1827 (*Pasicrisie,* 1827, p. 246).
(2) Bruxelles, 16 août 1838 (*Pasicrisie,* 1838, 2, 111).
(3) Bruxelles, 8 août 1839 (*Pasicrisie,* 1839, 2, 183).
(4) Bruxelles, 7 mai 1834 (*Pasicrisie,* 1834, 2, 112).

on ne peut les comprendre dans l'expression d'enfants. Il y a de cela un motif de droit qui nous semble péremptoire. Quand j'institue les enfants de mon frère, j'entends instituer mes neveux et nièces, c'est-à-dire mes parents; or, les enfants naturels de mon frère ne sont pas mes parents; il faudrait donc une disposition *expresse* pour qu'ils pussent se dire légataires. La jurisprudence s'est prononcée en ce sens, bien que par d'autres motifs, qu'il serait inutile de reproduire (1).

II. *Sens des mots* neveux, petits-neveux.

494. Le mot *neveux* comprend-il les nièces? Il est certain, comme le dit la cour de Bordeaux, que l'acception propre du mot *neveux* est de désigner spécialement les fils des frères et sœurs. Cependant ce mot est employé quelquefois dans un sens plus général et s'entend de tous les enfants de frères et sœurs, sans distinction de sexe. Les lois romaines supposent même que tel est le sens du mot *neveux*. Comme le code ne s'en explique pas, il faut dire du mot *neveux* ce que nous avons dit du mot *enfants*: l'intention du testateur décidera dans quel sens il a employé cette expression. La cour d'Aix dit que la *présomption* est qu'il s'en est servi dans la signification la plus large. C'est trop dire, la cour l'a sans doute jugé ainsi sous l'influence des lois romaines, toujours si puissante dans les anciens pays de droit écrit. Il n'y a pas de loi, donc pas de présomption légale. C'est au juge à décider, dans chaque cas, quelle a été l'intention du testateur. Dans l'espèce qui s'est présentée devant la cour d'Aix, la question n'était guère douteuse; le testateur ne s'était pas contenté d'appeler ses neveux, il avait ajouté : « enfants de mes deux sœurs; à défaut, leurs *descendants* »; les mots *enfants* et *descendants* comprenaient les femmes aussi bien que les hommes, donc il en était de même du mot *neveux* (2). La cour de Bordeaux a jugé dans le même sens.

(1) Paris, 9 mai 1831 (Dalloz, n° 3455, 1°). Besançon, 7 février 1846 (Dalloz, 1847, 2, 106).
(2) Aix, 6 mai 1854 (Dalloz, 1856, 2, 40).

Il était dit dans le testament : « Je lègue tous mes biens à mes neveux, mes *héritiers naturels.* » La cour insiste sur cette dernière expression dont le sens tout à fait général généralisait le sens du mot *neveux* (1).

495. Les descendants de frères et sœurs jouissent du bénéfice de représentation, mais le testateur peut régler leurs droits comme il l'entend, il peut établir le partage par tête, il peut aussi maintenir le droit de représentation en le modifiant. La cour de Liége a jugé qu'il y avait modification à la loi dans un testament ainsi conçu : « Je veux que, conformément aux dispositions de la loi sur les successions, mes petits-neveux et mes petites nièces viennent, comme mes neveux et nièces, prendre part dans les biens que je laisserai, c'est-à-dire que tous les enfants d'une même branche viendront collectivement par représentation de leurs père ou mère, qui sont mes neveux et nièces. » Le tribunal de première instance, s'attachant à ces mots « conformément à la loi sur les successions, » avait décidé que la succession serait partagée en trois parts égales entre les représentants des frères et sœurs du défunt. C'était ne tenir aucun compte de l'institution directe des neveux qui était clairement établie par le testament; le testateur voulait donc que tous ses neveux et nièces fussent appelés de leur chef, sauf à leurs enfants à représenter ceux qui viendraient à prédécéder. Il en résultait que les treize neveux et nièces du défunt prenaient chacun un treizième, et que les enfants d'un neveu ou d'une nièce prédécédés avaient droit à la même part collectivement comme représentant leurs père et mère (2).

III. *Sens des mots* cousins *et* cousines.

496. Une testatrice lègue tous ses biens à ses cousins *germains* et cousines *germaines,* ses cousins et cousines *issus de germains* par branche et par représentation. » On a prétendu que par cousins *germains* et *issus*

(1) Bordeaux, 14 juin 1859 (*Pasicrisie,* 1859, 2, 201).
(2) Liége, 4 décembre 1847 (*Pasicrisie,* 1848, 2, 45), et Rejet, 29 mars 1849 (*ibid.,* 1849, 1, 481).

de germains il fallait entendre les *parents germains*, c'est-à-dire ceux qui tiennent au défunt du côté de son père et du côté de sa mère. La cour de Liége a repoussé cette interprétation et avec raison. Dans le langage usuel, on entend par cousins germains les collatéraux du quatrième degré, sans distinguer s'ils sont unis au défunt par un simple lien ou par un double lien. On peut hardiment affirmer que les testateurs, à moins qu'ils ne soient hommes de loi, ne comprennent pas même cette distinction. Le langage de la loi est d'accord en ce point avec le langage usuel (art. 738). Dira-t-on que le testateur peut donner au mot *germains* une signification plus étroite qui exclut les cousins parents du défunt du côté de la mère du défunt? Sans doute il le peut, mais c'est à celui qui le soutient à le prouver; or, dans l'espèce, l'intention contraire résultait du testament (1).

497. Un testateur institue pour ses héritiers universels *tous ses cousins et cousines germains*. Des cousins *issus de germains* se présentent pour prendre part dans l'hérédité. C'était le cas d'appliquer la règle que les lois romaines établissent; quand la volonté du testateur est clairement manifestée, il faut la suivre, sans que l'on puisse être admis à la preuve d'une volonté contraire, à moins que les clauses du testament ne prouvent que le testateur s'est trompé en se servant de l'expression qu'il a employée. Dans le procès porté devant la cour de Liége, loin de favoriser une interprétation extensive contraire à son texte, le testament prouvait que le testateur n'avait pas entendu appeler à son hérédité les cousins issus de germains, car il faisait des legs particuliers à quelques-uns de ces parents plus éloignés en degré que ceux qu'il instituait héritiers; preuve que, dans ses dispositions, il avait suivi l'ordre naturel des affections qui nous porte à gratifier nos parents les plus proches de préférence à ceux qui, étant plus éloignés, nous sont ordinairement inconnus ou indifférents (2).

(1) Bruxelles, 11 juillet 1868 (*Pasicrisie*, 1871, 2, 212).
(2) Liége, 1er août 1840 (*Pasicrisie*, 1841, 2, 197).

498. Le testateur dit : « Je donne et lègue tels biens à mes cousins et cousines (suivent les noms) et aux *autres cousins et cousines de la mère de ma mère.* » Cette dernière clause appelle-t-elle à la succession tous les cousins maternels, à quelque degré qu'ils soient? Le tribunal de première instance l'avait interprétée ainsi; et tel est, en effet, le sens naturel des expressions dont le testateur s'est servi; il appelle tous ses cousins par une clause générale, il n'en exclut donc aucun. La cour de Liége a donné une interprétation plus restreinte à la clause litigieuse : le testateur, dit-elle, a considéré ses légataires éventuels comme formant autant de branches distinctes qui toutes devaient, *dans l'ordre successif,* participer à sa libéralité, sans pouvoir s'exclure entre elles par la proximité du degré. Cette interprétation peut être équitable, comme le dit l'arrêt, mais elle ne se concilie guère avec les termes du testament; quels que fussent les inconvénients résultant de l'interprétation littérale, il fallait s'y tenir, puisque les termes étaient clairs, et l'on ne prouvait pas que le testateur se fût trompé (1).

499. Un testateur dit : « Je veux que ma succession soit partagée entre mes cousins et petits-cousins comme si j'étais leur oncle, *et sans que les plus proches puissent en écarter les plus éloignés.* » Se prévalant de ces dernières expressions, des cousins à un degré plus éloigné que les petits-cousins se prétendirent appelés à la succession. Leur demande fut repoussée, et avec raison. Le testateur limitait les parents qu'il appelait à lui succéder, c'étaient ses cousins et petits-cousins. Restait à savoir comment ils succéderaient. C'est cette question que le testateur décidait au profit des petits-cousins, en ce sens que les petits-cousins prendraient dans sa succession, par droit de représentation de leur père ou mère, aïeul ou aïeule, la part qu'y eût prise leur auteur s'il ne fût pas décédé avant lui. Le tribunal de première instance remarque très-judicieusement que le testateur, mort octogénaire, était né et avait vécu longtemps sous l'empire

(1) Liége, 8 mai 1851 (*Pasicrisie,* 1851, 2, 263).

d'une coutume qui admettait la représentation à l'infini; il transporta cette coutume dans son testament (1).

500. La représentation en ligne collatérale que les testateurs établissent entre leurs héritiers donne lieu à de nombreuses difficultés. Nous devons en dire quelques mots, ne fût-ce que pour faire connaître de vieux usages qui se perpétuent dans nos provinces, ainsi que la jurisprudence qui les régit. Un testateur dit : « J'institue pour mes héritiers universels tous ceux désignés par la loi tant du côté maternel que du côté paternel de ma mère. J'admets en outre la représentation en faveur des enfants légitimes de mes héritiers susdits en cas de prédécès de leur père ou mère. » Un premier procès s'éleva sur l'interprétation de ce testament : Qui était appelé à la succession du défunt? Le testateur répond : Tous ceux désignés par la loi, donc tous ceux que la loi appelait à lui succéder lors de sa mort; car c'est l'époque de la mort qu'il faut considérer pour décider quels étaient les héritiers, et non celle de la confection du testament, puisque le testateur n'instituait pas des parents déterminés, mais ceux que la loi appelait à succéder. Dans l'espèce, les héritiers étaient tous des parents collatéraux. De là la question de savoir s'il fallait diviser la succession par lignes, comme le veut le code civil. Le testateur répond : qu'il institue pour héritiers universels tant les parents paternels que les parents maternels. Cette institution déroge à la division par lignes; car chaque parent est institué héritier universel, donc appelé à toute l'hérédité, tandis que la division par lignes a pour effet de diviser la succession en deux moitiés, et par suite chaque parent n'est appelé qu'à une fraction de cette moitié. Comment tous ces héritiers succéderont-ils? Etant appelés chacun à toute l'hérédité, chacun succédera pour le tout, sauf décroissement, par le concours de ses cohéritiers. Ici intervient la clause de représentation qui donna lieu à de nouveaux débats. D'abord on se demanda qui devait pro-

(1) Angers, 23 août 1849, et Rejet, 12 août 1851 (Dalloz, 1851, 5, 463). Voyez le tome IX de mes *Principes*, p. 91, n° 78.

fiter du bénéfice de la représentation. Le testateur dit : « Les enfants légitimes de mes héritiers, en cas de prédécès de leur père ou mère. » Cette disposition comprenait-elle les enfants des héritiers déjà morts avant le testament, aussi bien que les enfants des héritiers qui viendraient à décéder après la confection du testament? En s'en tenant à la lettre de l'acte, on pouvait dire qu'il s'agissait des enfants des héritiers, donc des parents appelés par la loi à la mort du testateur, sauf aux enfants à prendre la place de ceux qui viendraient à prédécéder; cette interprétation aurait exclu les enfants dont les parents étaient déjà décédés lors du testament. La conséquence témoignait contre l'interprétation dont elle découlait. On ne voit pas pourquoi le testateur aurait appelé les enfants dont les parents décéderaient après la confection de son testament, tandis qu'il aurait exclu ceux dont les parents étaient déjà morts au moment où il testait. Comme le dit très-bien le tribunal de première instance, on ne peut admettre que le testateur ait voulu repousser les orphelins qu'il connaissait lorsqu'il disposait, et qu'il ait réservé sa sollicitude pour des enfants qui pouvaient n'être jamais appelés à jouir du bienfait de la représentation (1).

La clause de représentation souleva un nouveau procès. Elle appelait à la succession les enfants des héritiers qui prédécéderaient. Un petit-enfant invoqua la représentation pour prendre la place de son aïeule. La représentation que la loi établit a lieu à l'infini; n'en devait-il pas être de même de la représentation que le testateur empruntait à la succession *ab intestat?* Non, car la représentation en ligne collatérale n'existe pas dans la loi, c'est une exception que le testateur établit; pour en déterminer la portée, il faut donc s'attacher aux termes du testament, quand ils sont clairs. Or, le testateur ne parlait que des enfants de ceux qui seraient prédécédés à l'ouverture du testament; cette disposition avait un sens clair, non équivoque, il fallait s'y tenir; aller plus loin, c'était

(1) Bruxelles, 19 juin 1863 (*Pasicrisie*, 1863, 2, 256).

dépasser la lettre du testament et, par conséquent, la volonté du testateur (1).

501. Il y a une autre clause que l'on trouve souvent dans nos provinces flamandes. Le testateur appelle à sa succession ses parents de la ligne paternelle pour moitié et ceux de la ligne maternelle pour moitié, en ajoutant ces mots traditionnels : *staaksgewijze en bij representatie*. On traduit *staaksgewijze* par *souche ;* ce mot ne rend point le sens du mot flamand, il concerne seulement le partage, tandis que l'expression flamande se rapporte à l'institution elle-même. Les coutumes de Gand, de Termonde et du pays de Waes admettaient le système connu sous le nom de refente, c'est-à-dire la division entre les diverses souches de la même ligne; de sorte que les membres de chaque souche ou branche étaient appelés à succéder à des degrés différents; tandis que le code civil n'admet plus de division entre les diverses branches, il attribue la moitié dévolue à chaque ligne aux héritiers les plus proches en degrés, et il écarte la représentation en ligne ascendante et en ligne collatérale. La clause que nous examinons déroge donc au code sous deux rapports; elle admet la refente et elle étend la représentation à la ligne ascendante et à la ligne collatérale. Cette clause peut, du reste, être modifiée de diverses manières, soit en admettant le droit de représentation à l'infini, soit en le limitant à un certain degré. De quelque manière que la refente soit établie, elle a toujours un seul et même but, c'est d'appeler à la succession les parents du double sang dont le défunt est issu. Cela ne veut pas dire que tous succèdent à l'infini; la refente s'arrête dès qu'elle trouve des parents qui représentent le double sang qui coulait dans les veines du défunt. Dans ces limites, le parent le plus proche exclut le plus éloigné. Nous nous bornons à formuler le principe d'interprétation tel qu'il est consacré par la jurisprudence; l'application dépend des clauses de chaque testament, car il ne faut pas perdre de vue que le juge doit suivre la volonté du testateur, et non les règles

(1) Bruxelles, 12 août 1864 (*Pasicrisie*, 1864, 2, 120).

de notre ancien droit coutumier. Seulement les coutumes écrites qui se sont perpétuées dans les mœurs servent à interpréter la pensée du testateur (1).

502. La représentation figure encore dans d'autres clauses. Ainsi le testateur dit : « Mes héritiers sont mes parents paternels et maternels, chaque branche de famille par représentation. » Jusqu'où s'étend cette parenté? Si l'on s'attachait à la lettre de l'institution, il faudrait dire qu'elle est illimitée, ce qui conduirait à une conséquence inadmissible, puisqu'il n'y aurait plus de point où l'on pût s'arrêter. Il y a une interprétation plus raisonnable que la cour de Bruxelles a consacrée. Quand le testateur ne définit pas ce qu'il entend par parents, l'on doit supposer qu'il comprend par là les parents appelés par la loi à la succession. Il ne déroge à l'ordre légal que sous un seul rapport, celui de la représentation; tandis que la loi exclut les parents les plus éloignés au profit des plus proches de chaque souche, le testateur veut que les plus éloignés viennent par représentation de ceux qui sont prédécédés (2). Cette persistance de la représentation témoigne que l'esprit de famille est encore vivace dans nos provinces ; c'est l'esprit de nos vieilles coutumes qui s'est maintenu dans nos mœurs.

503. Ce sentiment s'exprime quelquefois d'une autre manière, par voie de substitution vulgaire. Il y a des cas où la volonté du testateur n'est pas douteuse. Le testateur lègue ses biens à un tel son parent et, à son défaut, *aux siens*. On a demandé si cette expression comprend tous les héritiers du légataire, notamment sa sœur. L'affirmative nous paraît certaine. Le mot est général, donc on ne peut le limiter à certains parents sans violer l'intention du testateur. Quand même les termes laisseraient quelque doute, il faudrait leur donner l'interprétation qui convient le mieux à la pensée du défunt, et cette

(1) Gand, 17 juin 1870 (*Pasicrisie*, 1870, 2, 331). Comparez Gand, 20 mars 1844 (*Pasicrisie*, 1844, 2, 105); 6 avril 1861 (*ibid.*, 1861, 2, 60), et un jugement du tribunal de Gand, 17 décembre 1866 (*Belgique judiciaire*, 1867, p. 723).

(2) Bruxelles, 28 juin 1848 (*Pasicrisie*, 1849, 2, 309 ; le même arrêt se trouve dans la *Pasicrisie*, 1848, 2, 196).

pensée éclate avec évidence dans la disposition qui appelle tous les parents du légataire, à son défaut. C'est l'esprit de nos vieilles coutumes : conserver les biens dans les familles (1).

Nous ne voyons pas non plus de doute sérieux dans une disposition ainsi conçue : le testateur lègue tels biens à un parent *pour lui et pour ses héritiers;* ou, comme le testateur le disait dans une autre clause, *à lui et à ses héritiers*. Cette disposition ne peut avoir qu'un sens, c'est d'appeler les héritiers à défaut du légataire. Si on ne lui donne pas ce sens, elle n'en a aucun; car il va sans dire que si le légataire survit, il transmet son droit à ses héritiers. L'intention de la testatrice résultait de toutes les clauses de son testament; elle voulait conserver les biens dans la famille d'où ils procédaient; voilà pourquoi elle ajoutait à la plupart de ses legs cette clause : *pour lui et pour ses héritiers* (2). C'est l'esprit de la vieille maxime : *Paterna paternis,* excellent esprit, puisqu'il tend à la conservation des familles.

La jurisprudence a été plus loin, elle a admis une vocation tacite au profit des héritiers du légataire, en se fondant sur l'intention du testateur et sur ses affections. Il nous semble que c'est faire un testament, et le juge a seulement le droit de l'interpréter. Il n'y a de legs que lorsque le testateur dispose en faveur d'une personne; s'il institue un parent, sans appeler à son défaut les enfants du légataire, ou ses *parents,* ou les *siens,* et si le légataire meurt, le legs devient caduc; l'article 1039 le dit, et cela est élémentaire; pour que le legs profite aux héritiers du légataire, il faut une manifestation de volonté, il n'y a pas de legs tacite. Dire, comme le fait la cour de Bourges, que le testateur était animé au plus haut degré de l'esprit de famille, et en induire qu'il a entendu léguer aux enfants en cas de prédécès du légataire, c'est disposer au nom du testateur. Les tribunaux n'ont pas ce droit-là (3).

(1) Bordeaux, 10 juin 1833 (Dalloz, n° 3457).
(2) Douai, 11 mai 1863 (Dalloz, 1863, 2, 196).
(3) Bourges, 28 juillet 1863 (Dalloz, 1863, 2, 223).

La cour de Paris a aussi fait un testament, au lieu de l'interpréter, en décidant que, dans l'espèce suivante, la caducité profitait aux enfants du légataire. « J'institue, dit le testateur, pour mes légataires universels mon neveu et mes deux nièces. » L'une des nièces vient à prédécéder; que devient son legs? Il est caduc, et la caducité profite aux colégataires en vertu du droit d'accroissement; c'est la disposition formelle de l'article 1044. La cour de Paris, au contraire, attribua le legs aux enfants de la légataire prédécédée, en invoquant l'affection du testateur pour ces enfants, affection qui n'avait fait que grandir depuis la mort de sa nièce. Cela est très-équitable, mais ce n'est pas aux tribunaux à déclarer les intentions du défunt, c'est à lui de dire ce qu'il veut. Or, il l'avait dit clairement en instituant trois légataires universels. Voulait-il substituer les enfants à leur mère, il aurait dû le dire; il pouvait le dire encore après la mort de sa nièce, en ajoutant une disposition à son testament. Mais, dans le silence du disposant, il ne peut plus être question de ses volontés (1). C'est ce que la cour de Poitiers a décidé dans une espèce analogue. On invoquait aussi contre le droit d'accroissement les affections présumées du défunt; les enfants du légataire prédécédé, disait-on, avaient à l'amour du testateur les mêmes droits que le légataire plus heureux qui lui avait survécu. La cour répond : « C'était au testateur, qui en a eu tout le temps pendant les années qui se sont écoulées depuis la mort d'un des légataires jusqu'à son prédécès, de modifier son testament. Il ne l'a pas fait, donc il faut s'en tenir à la seule volonté qu'il a exprimée (2). »

504. Le calcul des degrés de parenté conduit à des résultats tout différents, selon qu'on suit la computation civile ou la computation canonique. Il est hors de doute que le testateur peut adopter la computation canonique; les articles 735-738 qui règlent la manière de compter

(1) Paris, 14 mai 1864 (Dalloz, 1864, 2, 184).
(2) Poitiers, 6 janvier 1864 (Dalloz, 1864, 2, 137). Comparez Rouen, 12 mars 1872 (Dalloz, 1873, 2, 219) dans une espèce très-favorable aux enfants du légataire.

les degrés sont, à la vérité, conçus en termes généraux, mais comme ils ne tiennent pas à l'ordre public, rien n'empêche les testateurs d'y déroger et d'adopter la computation canonique. Seulement comme cette computation est exceptionnelle, puisqu'elle n'était pas même admise dans nos anciennes coutumes, il faut que le testateur déclare que son intention est de suivre les règles du droit canonique (1). Pourrait-on admettre que le testateur s'en rapporte tacitement à ces règles? La cour de Bruxelles l'a jugé ainsi dans une espèce où la testatrice avait légué une somme de 78,000 francs à ses parents paternels jusqu'au cinquième degré. L'arrêt établit qu'à l'époque du testament la défunte devait savoir qu'elle ne laissait aucun successible au cinquième degré civil; elle devait donc étendre la notion des degrés de parenté plus loin que ne le fait le code Napoléon, c'est-à-dire les compter d'après le droit canonique. Ce qui confirma la cour dans cette opinion, c'étaient l'âge et les habitudes religieuses de la défunte, ces circonstances permettant de croire que la computation canonique lui était plus familière, si tant est qu'elle connût la computation civile. Malgré cela, la décision de la cour nous paraît douteuse, car rien dans le testament ne faisait soupçonner que la testatrice eût la volonté de s'écarter de la règle générale (2).

ART. 3. Division des legs.

N° 1. DU LEGS UNIVERSEL.

I. *Qu'entend-on par legs universel?*

505. Aux termes de l'article 1003, « le legs universel est la disposition testamentaire par laquelle le testateur donne à une ou plusieurs personnes l'universalité des biens qu'il laissera à son décès. » Ce qui caractérise le legs universel, c'est qu'il comprend tous les biens du testateur, en ce sens que le légataire y a un droit au moins

(1) Bruxelles, 24 novembre 1827, et Rejet de la chambre de cassation, 4 février 1829 (*Pasicrisie*, 1827, p. 326, et 1829, p. 43).
(2) Bruxelles, 12 août 1850 (*Pasicrisie*, 1851, 2, 284).

éventuel. Nous disons un droit éventuel. La définition du code semble dire que le légataire universel prend toujours l'universalité des biens; il n'en est rien. Cela résulte des termes mêmes de l'article 1013. En effet, la loi admet qu'il y a legs universel lorsque le testateur donne à plusieurs personnes les biens qu'il laissera à son décès. Or, si ces légataires concourent, chacun d'eux n'aura évidemment que sa part virile dans les biens du défunt; ce qui n'empêche pas qu'ils soient légataires universels. En effet, chacun d'eux est appelé au tout et recueillera le tout si les autres légataires font défaut, soit qu'ils prédécèdent, soit qu'ils renoncent; donc chacun des légataires a un droit éventuel à l'universalité des biens. En ce sens, la cour de Paris dit que le caractère essentiel et constitutif du legs universel est de conférer à chacune des personnes instituées la *possibilité* de recueillir la totalité de la succession (1).

506. Quand le legs est-il universel? Le testateur doit-il se servir du terme que la loi emploie pour désigner le legs qui comprend l'universalité des biens qu'il laissera à son décès? On lit dans un arrêt de la cour de cassation que « l'institution d'un légataire universel n'est pas plus que tout autre legs soumise à des termes sacramentels ou à une formule déterminée; qu'il suffit, pour qu'elle existe, que le testateur ait clairement manifesté son intention de transmettre à celui qu'il gratifie l'universalité des biens qu'il laissera à sa mort, à l'exclusion de tous autres (2). » C'est l'application au legs universel du principe établi par l'article 967, d'après lequel on peut disposer, soit sous le titre d'institution d'héritier, soit sous le titre de legs, soit sous toute autre dénomination propre à manifester sa volonté. De là suit, comme le dit la cour de cassation, que, de quelques termes et de quelques dénominations que le testateur se soit servi pour instituer un héritier universel, sa volonté, clairement manifestée, doit toujours être exécutée (3). Si les testaments étaient

(1) Paris, 6 janvier 1838 (Dalloz, n° 3574, 2°).
(2) Rejet, 5 mai 1852 (Dalloz, 1852, 1, 135).
(3) Rejet, 11 août 1838 (Dalloz, n° 3570, 3°).

rédigés avec la clarté que les testateurs et surtout les notaires y devraient mettre, la décision serait très-facile; malheureusement on dirait que les officiers publics recherchent ce qui est obscur et ambigu; les tribunaux doivent, dans ce cas, apprécier la volonté du testateur d'après les faits et les circonstances de la cause. Dans une espèce qui s'est présentée devant la cour de Bruxelles, l'on ne savait, d'après les termes du testament public, si le legs était universel ou à titre universel; il fallut que le tribunal consultât d'autres testaments reçus par le même notaire pour comprendre ce qu'il voulait dire! La cour ayant trouvé un testament rédigé dans des termes identiques qui conténait, sans doute aucun, une institution universelle, décida que le testament litigieux contenait aussi un legs universel (1). Grâce à la négligence des notaires, l'interprétation des testaments devient une œuvre de divination.

507. Il résulte de l'article 967 que le juge doit rechercher l'intention du testateur quand les termes du testament laissent des doutes sur sa volonté. Avant tout, il faut que l'interprète prenne en considération les termes de l'acte, car ce sont ces termes qui expriment la pensée du testateur. Si donc le testateur qualifie lui-même ses légataires de légataires universels, le juge tiendra compte d'une volonté aussi clairement exprimée, et il réputera par conséquent le legs universel, à moins que les clauses du testament ne prouvent que le rédacteur de l'acte s'est servi d'une expression impropre (2). Dans un testament qui a donné lieu à bien des procès, on lit : « J'institue pour mon *premier héritier* un tel, de la manière qu'il sera dit ci-après. Mêmes termes pour l'institution d'un second héritier. Puis viennent les dispositions, et il se trouve que le testateur lègue à son premier héritier sa *terre* de... et à son second héritier sa *cense* de..., c'est-à-dire des biens particuliers; donc les prétendus *héritiers* n'étaient que des *légataires à titre particulier*. Vainement invoquait-on

(1) Bruxelles, 29 avril 1864 (*Pasicrisie*, 1864, 2, 172).
(2) Gand, 9 mars 1861 (*Pasicrisie*, 1861, 2, 136).

les termes du testament, l'acte même donnait un démenti aux expressions dont le notaire s'était servi, puisque les prétendus *héritiers*, loin d'avoir un droit éventuel à l'universalité des biens, n'étaient appelés qu'aux biens désignés dans leurs legs et ne pouvaient jamais avoir que ces biens. Comme le dit très-bien la cour de Liége, c'est par la disposition qu'il faut déterminer le caractère du legs, et non par la dénomination, lorsqu'elle est contredite par la disposition même (1).

Ce n'est pas seulement en Belgique que les notaires ignorent, nous ne dirons pas l'art d'écrire, mais même la signification des termes les plus élémentaires de droit. Voici un ancien notaire qui laisse un testament olographe dans lequel il dit : « J'institue mon neveu et ma nièce *légataires universels* ainsi qu'il suit : Je donne et lègue à mon neveu mon domaine de... et la moitié du domaine de... Je donne et lègue à ma nièce le surplus de tous mes biens meubles et immeubles, en quelques lieux qu'ils soient situés. » Le neveu prétendit que son legs était à titre particulier, et que par suite il n'était pas tenu des dettes. Sa prétention fut repoussée par la cour de Bourges ; le testateur, dit-elle, a qualifié le legs d'universel ; or, ce testateur est un ancien notaire ; on ne peut pas admettre qu'il ignorât la valeur des termes dont il se servait, ni la portée de ses dispositions. L'arrêt fut cassé, et il devait l'être. C'est à la disposition, dit la cour de cassation, et non à la dénomination employée par le testateur qu'il faut s'attacher pour en déterminer la nature. Il est vrai que, dans l'espèce, le testateur déclarait instituer son neveu et sa nièce ses légataires *universels*, mais il explique ensuite sa pensée, en ce sens qu'à l'un il donne un immeuble et une portion d'immeuble limitativement désignés, et à l'autre le surplus de tous ses biens meubles et immeubles. Ce sont là deux legs d'une nature différente ; le dernier seul présente les caractères d'un legs universel, tandis que le premier, restreint à deux objets déterminés, est un legs à titre particulier (2).

(1) Liége, 4 février 1833 (*Pasicrisie*, 1833, 2, 37).
(2) Cassation, 9 août 1858 (Dalloz, 1858, 1, 334).

Voici, au contraire, un legs de cinq sols qui est déclaré legs universel. En 1790, un aïeul donne à son petit-fils la moitié de ses immeubles présents et à venir dépendant de sa succession, en l'instituant son héritier universel pour ladite moitié ; il donne à sa fille, mère du légataire, la somme de cinq sols et l'institue son héritière particulière. Question de savoir à qui appartiendront les biens dont le testateur n'avait point disposé. De là procès entre la mère et son fils. La cour de Toulouse jugea que, malgré le modique legs de cinq sols, la mère, en sa qualité de fille et d'héritière légitime du testateur, avait été instituée héritière universelle pour tous les biens dont il n'avait pas été disposé ; cette décision fut maintenue par un arrêt de rejet (1).

Nous doutons fort que les décisions que nous venons de rapporter, bien que très-juridiques, aient répondu à l'intention des testateurs. Mais les tribunaux doivent prendre les testaments tels qu'ils sont rédigés, et non tels qu'ils devraient l'être.

508. Les auteurs s'accordent à enseigner que le legs qui porte sur des objets particuliers n'est pas un legs universel, quand même, de fait, il comprendrait tout ce que le testateur laisse à son décès. Cela n'est pas douteux ; en effet, le légataire n'aurait pas droit, en vertu de ce legs, aux autres biens que le testateur posséderait, ni à ceux qu'il pourrait acquérir après la confection du testament ; donc son legs ne comprend pas l'universalité des biens que le testateur laissera à son décès, et partant il n'est pas universel (2). Toutefois cette décision n'est pas absolue. Il faut toujours s'en tenir au principe proclamé par la cour de cassation ; c'est l'intention du testateur qui est décisive, et l'intention du testateur, en léguant tout ce qu'il possède de fait, peut être de donner au légataire l'universalité de ses biens, donc de l'instituer légataire universel. Après avoir fait un grand nombre de legs particuliers, le testateur dit : « Dans le cas qu'il m'arrive

(1) Rejet, 3 juin 1818 (Dalloz, n° 3570, 4°).

(2) Voyez les auteurs cités par Aubry et Rau, t. VI, p. 144 et note 2, Demolombe, t. XXI, p. 490, n°s 533 et 534.

des événements malheureux qui empêchent mon exécuteur testamentaire de remettre à un chacun le legs que je leur fais, ils éprouveront, en raison de ce, une diminution au marc le franc; dans le cas contraire, ils jouiront d'une augmentation aux mêmes conditions du marc le franc. » La dernière disposition prouvait que le testateur voulait laisser tous ses biens à ses légataires; ce qui confirmait cette interprétation, c'est que son héritier présomptif se trouvait au nombre des légataires; le testateur entendait donc l'exclure de son hérédité et, par conséquent, attribuer celle-ci aux légataires entre lesquels il avait fait la distribution de ses biens; tous ces biens, quelle que fût leur valeur, devant être répartis entre lesdits légataires, ils étaient, en réalité, appelés à l'universalité des biens que le testateur laisserait à son décès (1).

De même, un legs qui, d'après la définition de la loi, serait un legs à titre universel, peut être un legs universel si telle est l'intention du testateur. La cour de cassation l'a décidé ainsi dans une affaire remarquable. Après avoir légué la totalité de ses immeubles, le testateur donnait en outre aux mêmes légataires toutes les valeurs qui se trouveraient à son décès, à l'exception de ce qui était compris dans les legs particuliers. Ces dispositions paraissaient contenir un legs à titre universel des immeubles et un legs à titre universel des meubles. De fait, le legs comprenait toute l'hérédité, à l'exception de ce qui était légué à titre particulier. Mais il ne suffit point que de fait le légataire prenne tous les biens pour qu'il soit légataire universel, il faut aussi que lui seul ait un droit à l'universalité des biens. Dans l'espèce, le testateur ajoutait plusieurs codicilles par lesquels il excluait ses héritiers naturels; et il déclarait que nul autre que ceux auxquels il faisait des dons n'aurait droit à sa succession. Cette exclusion formelle et réitérée des parents que la loi appelait à recueillir son hérédité avait pour conséquence nécessaire de donner à ses légataires un droit sur tout ce qui com-

(1) Bordeaux, 29 mai 1816, et Rejet, 13 août 1817 (Dalloz, n° 3593).

poserait son avoir, donc la qualité et les droits de légataires universels : ce sont les termes de l'arrêt de rejet par lequel la cour de cassation confirma la décision de la cour d'Angers (1).

509. L'article 1003, en disposant que le legs est universel quand le testateur donne à une personne l'universalité de ses biens, n'entend pas dire que le légataire universel doive nécessairement recueillir tous les biens que le testateur laissera à son décès; c'est le droit éventuel à tous les biens qui constitue le legs universel, ce n'est pas l'émolument réel. Il est rare qu'à côté du legs universel il n'y ait pas d'autres legs, soit à titre universel, soit à titre particulier, qui viennent réduire le bénéfice du légataire universel; cela n'empêche pas que son legs ne soit universel : il conserve un droit éventuel à l'universalité des biens, puisque c'est à lui que profitera la caducité des legs à titre universel ou à titre particulier. Il se peut même que les charges épuisent la totalité de la succession, ce qui arrive lorsque le testateur, après avoir institué un légataire universel, épuise sa fortune en legs particuliers ou en legs à titre universel (2).

Le testateur lègue à une personne tous les biens meubles et immeubles qui composeront sa succession, avec prière de les distribuer à ses légataires particuliers et d'accepter pour ce bon office une tabatière d'or de la valeur de 300 francs. On soutient que le prétendu légataire universel n'est qu'un exécuteur testamentaire chargé de distribuer les biens, et qui recevait, à ce titre, un souvenir du défunt. Il a été jugé qu'il y avait legs universel, les termes de l'institution étant formels. On objectait que le legs d'une tabatière était en contradiction avec cette interprétation du testament; on ne fait pas un legs particulier à un légataire universel. La cour de Dijon écarta l'objection en disant que le testateur, prévoyant que les legs pourraient absorber tous ses biens, ne voulait pas

(1) Rejet, 5 mai 1852 (Dalloz, 1852, 1, 135). Comparez Rejet, 25 novembre 1818 (Dalloz, n° 3571).

(2) Toullier, t. III, 1, p. 289, n° 506. Orléans, 22 avril 1847 (Dalloz, 1847, 1, 314).

que, dans cette hypothèse, le légataire universel ne recueillît rien (1).

Le testateur institue un héritier unique et universel, puis il le charge de payer quarante-huit centièmes aux descendants de la ligne paternelle et quarante-huit centièmes aux descendants de sa mère; quant aux quatre centièmes restants, le légataire universel, porte l'acte, les gardera pour lui. Le tribunal de Gand décida que ce legs était à titre universel; sa décision fut réformée en appel. Nous croyons que la cour a bien jugé; les termes étaient clairs et formels, dès lors il n'y avait pas lieu de s'enquérir de l'intention du testateur. Sans doute quand il y a contradiction entre la disposition et la dénomination que le testateur lui donne, il faut s'en tenir à la nature de la disposition plutôt qu'à une fausse dénomination; mais cette contradiction existait-elle dans l'espèce? Si le testateur dit que le légataire retiendra les quatre centièmes, ce n'est pas pour réduire le legs universel à un legs à titre universel, c'est uniquement pour établir le calcul de ce qui reviendra aux légataires des deux lignes et au légataire universel; voilà pourquoi le testateur dit que le légataire *retiendra;* il ne dit pas qu'il *prendra* (2).

Il y a un arrêt de la cour de cassation de France qui paraît en opposition avec les décisions que nous venons de rapporter. Le testateur institue un chanoine son légataire universel, en le priant d'accepter une somme de 10,000 francs en reconnaissance du service qu'il réclame de lui. Suivent deux legs faits à des hospices et un troisième à la servante du défunt. La cour de Caen jugea que, dans l'intention de la testatrice, le chanoine n'était pas un légataire sérieux devant jamais profiter de la disposition faite en apparence à son profit; qu'il n'était qu'un simple exécuteur testamentaire institué pour assurer l'exécution des legs faits aux hospices; que si la testatrice lui avait accordé le titre de légataire universel, c'était pour empêcher, par défaut d'intérêt, les héritiers natu-

(1) Dijon, 22 janvier 1829, et Rejet, 14 juillet 1830 (Dalloz, n° 3594). Comparez Gand, 13 avril 1861 (*Pasicrisie*, 1861, 2, 148).

(2) Gand, 10 mars 1860 (*Pasicrisie*, 1860, 2, 229).

rels de demander que le gouvernement n'accordât pas aux hospices l'autorisation d'accepter les legs. La cour de cassation rejeta le pourvoi contre cette décision fondée entièrement sur des considérations de fait; tout dépend de l'intention du testateur (1).

On a essayé de transformer en legs universel un simple mandat d'exécution testamentaire. En droit, cela ne serait pas impossible, si l'on parvenait à prouver que le testateur s'est trompé en appelant exécuteur testamentaire celui qui, en réalité, serait un légataire; mais en fait cette preuve échouera presque toujours, pour peu que le testateur sache ce qu'il dit (2).

510. La définition de l'article 1003 dit qu'il peut y avoir plusieurs légataires universels. Cela suppose que chacun d'eux est appelé à toute l'hérédité et qu'il y a possibilité qu'il la recueille tout entière. Nous verrons, en traitant de l'accroissement, sous quelles conditions il y a lieu à ce droit. Quand il s'agit de déterminer si un legs est universel ou non, il faut laisser de côté les articles 1044 et 1045; le caractère du legs se détermine par l'intention du testateur; le legs peut donc être universel sans qu'il y ait conjonction proprement dite; le légataire recueillera, dans ce cas, tous les biens du défunt par droit de non-décroissement, si les autres légataires font défaut.

La distinction que nous faisons entre la conjonction, au point de vue du droit d'accroissement, et l'institution d'un légataire universel a été méconnue dans les premiers temps qui suivirent la publication du code civil. Merlin trouvait l'erreur si évidente, qu'il ne voulait pas prendre la peine de la combattre devant la cour de cassation (3). Aujourd'hui la doctrine et la jurisprudence admettent la distinction; elle résulte du texte et de l'esprit de l'article 967. La loi laisse une entière liberté au testateur pour exprimer sa volonté comme il l'entend; et elle lui permet

(1) Caen, 25 janvier 1869, et Rejet, 30 novembre 1869 (Dalloz, 1869, 1, 202).
(2) Bruxelles, 8 août 1864 (*Pasicrisie*, 1864, 2, 411).
(3) Merlin, *Répertoire*, au mot *Légataire*, § II (t. XVI, p. 429).

d'instituer plusieurs légataires universels; donc il peut le faire sans les réunir dans une seule et même disposition (1).

511. Quand le testateur institue plusieurs légataires universels et qu'il indique ensuite la part de chacun d'eux en cas de concours, cette division n'a pas pour effet de changer la nature des legs, en les transformant en legs à titre universel; les legs restent ce qu'ils sont, des legs universels. Ce qu'il importe donc de déterminer, dans cette hypothèse qui se présente souvent, c'est le caractère de la disposition première. La qualification seule de *légataire universel* ne suffit pas, c'est la nature de la disposition qu'il faut examiner. C'est ce qu'établit très-bien un arrêt de la cour de Paris. Le testateur disait : « J'institue et fais mes légataires universels en toute propriété, 1° conjointement pour moitié les deux enfants de ma sœur aînée; 2° pour l'autre moitié ma sœur cadette. » Était-ce un legs universel, ou un legs à titre universel de la moitié des biens? Le testateur ne s'était pas contenté d'instituer des *légataires universels en toute propriété;* il les avait chargés, comme *légataires universels,* d'acquitter un legs de 10,000 francs; il avait ordonné qu'une rente dont il léguait l'usufruit retournerait, à la mort de l'usufruitière, à ses légataires universels; il leur donnait donc les droits des légataires universels et il leur en imposait les charges. Cela ne laissait aucun doute sur le caractère du legs; peu importait après cela la répartition que le testateur faisait entre ses légataires; cette division avait seulement pour objet de déterminer les droits des légataires entre eux, dans le cas où tous viendraient en concours; mais si l'un d'eux faisait défaut, la totalité de l'hérédité devait être recueillie par le légataire qui viendrait au legs en vertu de l'institution universelle qui dominait toutes les dispositions. Il en était de même de la conjonction des deux enfants : ils étaient appelés conjointement à titre de légataires universels; si l'un d'eux faisait défaut

(1) Limoges, 8 décembre 1837 (Dalloz, n° 3572); Troplong, t. II, p. 124, n° 1773.

l'autre recueillait le tout, en supposant qu'il vînt seul au legs, ou la moitié, comme le prévoyait le testateur, en cas de concours ; si les deux enfants venaient au legs, ils se partageaient naturellement, soit toute la succession, soit la moitié à laquelle ils avaient droit. Cette décision fut confirmée par la cour de cassation (1).

La division que le testateur fait lui-même est parfois inutile, puisqu'elle résulte du concours des légataires; mais de ce que le testateur a voulu être aussi clair que possible, on doit se garder d'induire qu'il a altéré la nature de ses dispositions. Parfois la division a un but utile, c'est quand le testateur distribue ses biens en détail, afin de prévenir les contestations qui trop souvent naissent d'un partage; dans ce cas, on ne peut tirer aucun argument de la division que le testateur a cru devoir faire contre le caractère universel de ses dispositions (2). Il se peut aussi que le testateur ait déterminé lui-même les parts pour marquer que chaque enfant qu'il institue est légataire universel, tandis qu'en l'absence d'une indication pareille, on aurait pu soutenir que tous les enfants d'une même sœur formaient souche et n'avaient à eux tous qu'une part en cas de concours des divers légataires (3). En définitive, par elle seule la division ne modifie pas la disposition première, elle ne fait que l'expliquer.

Ces questions étant de fait plutôt que de droit présentent des caractères différents dans chaque espèce. Il est inutile de multiplier les exemples (4).

512. Il peut cependant se présenter une difficulté de droit dans le cas où le testateur divise l'hérédité entre ses légataires. Il n'y a aucun doute lorsque le testament ne fait que déterminer un mode de partage que le concours des légataires aurait amené. Les legs restent universels; c'est l'application de cet adage élémentaire : *Concursu partes fiunt*. En est-il de même quand le testateur établit des parts inégales? La question a été décidée affirmative-

(1) Paris, 6 janvier 1838, et Rejet, 22 février 1841 (Dalloz, n° 3574, 2°).
(2) Limoges, 8 décembre 1837 (Dalloz, n° 3572).
(3) Gand, 9 mars 1861 (*Pasicrisie*, 1861, 2, 136).
(4) Voyez Gand, 11 août 1860 (*Pasicrisie*, 1860, 2, 239), et le réquisitoire de l'avocat général Keymolen.

ment par la cour de Paris. Dans l'espèce, le testateur avait institué sept légataires universels; après l'institution, venait la détermination des parts; les uns devaient avoir un seizième, les autres trois seizièmes, d'autres quatre seizièmes. N'était-ce pas transformer le prétendu legs universel en des legs à titre universel? La cour de Paris dit que l'intention du testateur de nommer des légataires universels n'était pas douteuse; en effet, prévoyant l'annulation de certains legs particuliers, il déclarait qu'ils retourneraient à ses légataires universels. Il y avait toutefois un motif de douter, c'est que le testateur répartissait inégalement ses biens entre les divers légataires. La cour de Paris répond : Si le testateur avait commencé par dire : Je lègue un seizième à un tel et trois seizièmes à tel autre, les legs eussent été à titre universel. Mais le testateur a procédé autrement. Il commence par léguer tous ses biens, en quoi qu'ils puissent consister au jour de sa mort, à sept personnes qu'il institue ses légataires universels. Puis il ajoute : dans cette universalité chacun prendra sa part. Après cela, il donne encore plus de dix fois à ses légataires et à son legs la qualification d'*universels*. Dira-t-on que le testateur s'est trompé en qualifiant d'universels des legs qui en réalité étaient à titre universel? La cour répond que tout le testament proteste contre cette supposition. Il résulte de l'ensemble des dispositions que le testateur avait voulu former, comme il le dit, un *fonds*, une *masse*, qui appartînt collectivement aux sept légataires par lui institués. Le testateur savait donc bien ce qu'il voulait. On dira qu'il n'avait pas le droit de le vouloir : peut-on faire des legs universels en donnant une part différente à chacun des légataires? La cour répond qu'aucune loi ne le défend. « La loi elle-même divise souvent en parts inégales la succession qu'elle établit, et rien n'est plus admissible que l'inégalité qui proportionne les parts de l'héritage légal aux degrés de parenté et celle du partage testamentaire aux degrés d'affection du testateur (1). » Nous reviendrons sur la

(1) Paris, 5 mars 1861 (Dalloz, 1861, 2, 49).

question en traitant du droit d'accroissement. En ce qui concerne la nature du legs, elle se réduit à ceci : Chacun des légataires a-t-il un droit éventuel à toute l'hérédité? Cette question était décidée par l'intention du testateur : il voulait instituer des légataires universels, et ne déterminait de parts que pour le cas de concours; donc si un seul était venu au legs, il aurait recueilli tous les biens, en vertu de sa vocation universelle.

Sur le pourvoi, la cour de cassation prononça un arrêt de rejet. Elle distingue la disposition principale et essentielle qui présentait tous les caractères du legs universel en faveur de chacun des légataires, et la disposition accessoire ayant pour objet l'exécution de la disposition : si le testateur détermine la part que chacun des légataires prendra, cela ne change pas le caractère des legs (1).

513. La même difficulté de droit se présente quand le testateur, après avoir institué un légataire universel, détermine les biens qu'il veut laisser à ce légataire. Est-ce que la désignation des biens a pour effet de particulariser le legs? ou est-ce une simple disposition d'exécution? Cela dépend de l'intention du testateur. De là des décisions en apparence contradictoires.

Le testateur institue un hospice son légataire universel; il déclare ensuite n'excepter de ce legs que les dispositions qu'il fera ci-après. Dans le cours de son testament, il revient souvent au legs fait à l'hospice, en le qualifiant toujours de legs universel; il charge ce légataire universel de payer toutes les dettes qu'il laissera à son décès. Jusque-là l'intention du testateur n'était pas douteuse. Le doute naissait de la clause qui suivait l'institution de l'hospice. « En conséquence je lui donne et lègue tous les biens immeubles qui m'appartiendront au jour de mon décès. » Est-ce l'explication de ce que le testateur entendait par legs universel? Il faudrait décider alors que le legs était à titre universel. Cette interprétation était en opposition avec l'ensemble du testament et, notamment, avec la clause qui chargeait l'hospice du payement de

(1) Rejet, 12 février 1862 (Dalloz, 1862, 1, 244).

toutes les dettes. La cour de Bourges jugea que le testateur, en indiquant les biens, avait voulu seulement marquer l'utilité que le legs aurait pour l'hospice : disposition d'exécution et de partage qui n'altérait pas la nature de l'institution (1).

La cour de Liége a donné une autre interprétation à un legs, en apparence universel, ainsi conçu : « J'institue ma nièce et son mari mes héritiers ; je leur donne ma maison avec meuble, linge, etc. » Les héritiers naturels ayant demandé le partage, les légataires soutinrent qu'ils étaient héritiers universels. Cette prétention fut repoussée par la cour. L'institution d'héritier n'était pas isolée, dans l'espèce ; une seule et même disposition comprenait l'institution d'héritier et le legs particulier qui était fait à la nièce et à son mari ; on ne pouvait pas scinder les deux parties du legs ; l'énumération que le testateur faisait des objets qu'il léguait déterminait et limitait la nature de l'institution d'héritier : c'était un legs particulier (2). Dans une autre espèce, la cour de Liége a admis une interprétation différente, toujours en se fondant sur l'intention du testateur (3).

514. Il résulte de l'article 1004 que le legs ne laisse pas d'être universel, bien qu'il y ait des héritiers réservataires au décès du testateur. On ne conçoit pas qu'en présence d'une disposition aussi formelle ce point ait été contesté. L'article 1009 suppose le même concours et qualifie néanmoins le légataire d'universel. On peut dire que la part des héritiers réservataires étant fixée par la loi, le testateur ne peut plus disposer que de ce qui reste, c'est-à-dire d'une quotité de biens, ce qui constitue un legs à titre universel. On répond que le legs n'a d'effet qu'à la mort du testateur ; or, à son décès il peut ne plus y avoir de réservataires, ou ils peuvent renoncer. Il suffit qu'ils puissent faire défaut pour que le légataire ait un droit éventuel à tous les biens, donc son legs est universel (4).

(1) Bourges, 9 mai 1848 (Dalloz, 1848, 2, 111).
(2) Liége, 18 juin 1835 (*Pasicrisie*, 1835, 2, 246).
(3) Liége, 22 décembre 1852 (*Pasicrisie*, 1853, 2, 210).
(4) Toullier, t. III, 1, p. 290, n° 507 ; Troplong, t. II, p. 125, n° 290 ; Dalloz, n° 3581.

Le testateur institue plusieurs légataires universels, puis il ajoute : « Moins toutefois la portion que la loi réserve en faveur de mon père, de laquelle je n'entends pas disposer. » Cette restriction réduisait-elle les legs universels aux trois quarts, c'est-à-dire les transformait-elle en legs à titre universel? Il a été jugé que les legs universels conservaient leur caractère. Si le testateur mentionnait la réserve de son père, c'était par respect et pour ne pas avoir l'air d'exhéréder son père, ou du moins de le passer sous silence, alors qu'il disposait de tous les biens qu'il laisserait à son décès. L'intention du testateur n'était pas douteuse; il voulait bien, ou plutôt la loi voulait, que le legs universel fût diminué de la réserve; mais il n'entendait pas que cette diminution se fît en faveur des héritiers naturels qu'il excluait de son hérédité en instituant des légataires universels (1).

515. Le legs du disponible est-il un legs universel? Le legs universel que le testateur fait quand il laisse un réservataire est le legs du disponible; les articles 1004 et 1009 décident donc implicitement que ce legs est universel. L'article 1010 conduit à la même conséquence; il range parmi les legs à titre universel le legs d'une quote-part des biens dont la loi permet au testateur de disposer; donc quand le testateur donne tout son disponible, il fait plus qu'un legs à titre universel : c'est dire qu'il fait un legs universel. Cela résulte d'ailleurs de la définition de l'article 1003, telle que tout le monde l'interprète. Dès que le légataire a un droit éventuel à tous les biens, son legs est universel; or, le légataire du disponible a un droit à tous les biens si le testateur ne laisse pas de réservataire, car dans ce cas tout est disponible. Cela a été jugé ainsi du legs qu'un mari fait au profit de sa femme de tout ce dont il lui est permis de disposer en vertu de l'article 1094; le père prédécède et la mère renonce; dès lors tout devient disponible en vertu de la loi, et tout appartient au légataire universel en vertu de la volonté du testateur (2).

(1) Aix, 26 avril 1843 (Dalloz, n° 3582).
(2) Bordeaux, 30 novembre 1843 (Dalloz, n° 3583). Le testateur déclare

516. Il y a un legs dont l'interprétation est très-controversée. Le testateur commence par faire des legs particuliers ou à titre universel, puis il déclare qu'il lègue le *surplus* ou le *restant* de ses biens à un tel. Quelle est la nature de ce dernier legs? Nous croyons que c'est, en général, un legs universel (1). L'intention du testateur de disposer de tous ses biens est certaine; il exclut la succession *ab intestat*. Cette intention implique que le legs du surplus est un legs universel; car s'il n'était pas universel, ce serait un legs à titre particulier, et par suite si un des legs qui le précèdent venait à tomber, il profiterait aux héritiers *ab intestat*; c'est-à-dire que, malgré la volonté du testateur, ceux-ci seraient saisis et profiteraient de la caducité des legs particuliers ou à titre universel. D'ailleurs cette disposition rentre dans la définition de l'article 1003 combiné avec les articles 1011 et 1014. Il résulte de ces articles que le legs universel peut concourir avec des legs à titre universel ou à titre particulier. La loi ne dit pas comment ce concours doit avoir lieu. Le testateur peut commencer par instituer un légataire universel, puis faire des legs à titre universel et à titre particulier; il n'y a pas de doute dans ce cas : le legs sera universel. Le testateur peut aussi commencer par faire les dispositions particulières dont il se propose de diminuer le legs universel; puis dire qu'il lègue le *surplus* ou le *restant* à un tel. Qu'est-ce que ce surplus ou ce restant? Tous les biens du testateur, sauf ceux dont il vient de disposer. C'est donc un legs universel; qu'il soit précédé des dispositions qui le restreignent ou qu'il en soit suivi, qu'importe? et qu'est-ce que cela change à la volonté du disposant?

Cette opinion est généralement admise par la doctrine et par la jurisprudence lorsque le testateur commence par faire des legs particuliers (2). Mais les auteurs en-

léguer à sa mère toute la fortune dont il pouvait disposer sans léser aucun ayant droit à sa succession. Il a été jugé que ce legs est universel. Rejet, 7 juillet 1869 (Dalloz, 1870, 1, 76).

(1) C'est l'opinion de Troplong, t. II, p. 128, n°s 1784 et suiv.; elle est isolée.

(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 145 et note 9, et les auteurs qui y sont cités. Toulouse, 10 juillet 1827 (Dalloz, n° 3591, 1°). Liége, 13 août 1835 (*Pasi-*

seignent presque tous que si ce sont des legs à titre universel, le legs du surplus est lui-même un legs à titre universel. N'est-ce pas trop s'attacher à l'écorce du legs? Le testateur dit : Je lègue le tiers de mes biens à Pierre et le restant à Paul; le restant, dit-on, ce sont les deux tiers, donc c'est un legs à titre universel. Rien ne serait plus vrai s'il s'agissait d'un calcul mathématique. Mais il s'agit de l'intention du testateur: a-t-il voulu dire qu'il léguait à Paul les deux tiers? Il ne le dit pas, et rien n'eût été plus naturel que de le dire, si telle avait été sa pensée. Au lieu de cela, il dit qu'il lègue le surplus à Paul. Le surplus est une masse de biens d'où l'on déduit ceux que le testateur a déjà donnés; le surplus est donc autre chose que les deux tiers. Si l'on décide que le surplus signifie les deux tiers, on se met en opposition avec la volonté du testateur; il a voulu exclure ses héritiers *ab intestat*, et on les appelle à la saisine d'abord, puis à recueillir les legs caducs.

La jurisprudence est indécise; les legs à titre universel sont assez rares, de sorte que le cas précis, tel que nous venons de le formuler, ne s'est pas encore présenté. Un mari lègue à sa femme la totalité de son mobilier, plus l'usufruit des immeubles, puis il fait des legs particuliers, et enfin il institue sa nièce son unique *héritière* dans le *reste* de ses *biens*, *droits* et *actions*. La cour de Bruxelles a jugé que ce dernier legs n'était pas universel; qu'est-il donc? Un legs à titre particulier? Ainsi c'est un légataire particulier que le testateur aurait appelé son *unique héritier !* Il voulait avoir un héritier, et dans l'interprétation de la cour, il n'en a pas.

Il y a des arrêts que l'on peut citer en faveur de notre opinion. Une femme donne à sa mère le quart des biens qu'elle laissera à son décès, conformément à la loi, puis elle ajoute : « De *tout le surplus* de mes biens meubles et immeubles, noms, voies, droits et actions, je nomme et institue pour mon *héritier* ou *légataire à titre universel*

crisie, 1835, 2, 313). Orléans, 7 avril 1848 (Dalloz, 1851, 2, 99). Rejet, 3 avril 1849 (Dalloz, 1849, 5, 268); 5 mai 1852 (Dalloz, 1852, 1, 135) et 4 décembre 1854 (Dalloz, 1855, 1, 73). Paris, 9 janvier 1872 (Dalloz, 1872, 2, 202).

mon mari, pour par lui, après mon décès, jouir et disposer en toute propriété de ma *succession*, distraction faite du quart légué à ma mère. » Il a été jugé que ce legs était universel, malgré le terme impropre de légataire à *titre universel* dont la testatrice s'était servie, et malgré le quart légué d'abord à la mère. L'intention de la testatrice était évidente, elle voulait tout laisser à son mari, elle ne faisait d'exception que pour sa mère, exception inutile, puisqu'elle était écrite dans la loi; cette exception venant à tomber par le prédécès de la mère, la volonté de la testatrice devait recevoir son exécution (1).

Le testateur, après avoir fait des legs particuliers, ajoute : « Le surplus de ma fortune *disponible* sera partagé entre les sept filles de mon frère, en sept portions égales. » Il laissait un enfant adoptif; donc un héritier réservataire; en léguant le surplus de sa fortune *disponible*, il en exceptait la réserve de l'adopté, c'est-à-dire la moitié de ses biens. Le legs du surplus ne comprenait que l'autre moitié, déduction faite des legs particuliers. Il a été jugé que ce legs était universel. Un motif spécial paraît avoir déterminé la cour de Colmar, c'est que l'adoption ayant été annulée, on n'en pouvait tenir aucun compte (2). Le motif ne nous paraît pas très-juridique. Pour interpréter l'intention du testateur, il faut se placer à son point de vue; or, il ne croyait pas l'adoption nulle, puisqu'il parlait de sa fortune *disponible*, il ne léguait donc en réalité que la moitié. Mais cette moitié il la léguait dans des termes qui comprennent une masse, la succession, déduction faite de la réserve. Donc il y avait legs universel dans l'intention du testateur.

517. Nous avons dit que le legs de l'excédant des biens est, en général, un legs universel. Il se peut que ce soit un legs à titre particulier. C'est, avant tout, une question d'intention. Or, l'intention du testateur peut être de ne léguer que le reliquat, c'est-à-dire une valeur indéterminée, mais qui ne doit pas dépasser ce reliquat. Une

(1) Rejet, 11 avril 1838 (Dalloz, n° 3570, 1°).
(2) Colmar, 26 mai 1830 et 25 mai 1831 (Dalloz, n° 3591, 2°).

testatrice. après avoir fait une série de legs particuliers dont les plus importants étaient au profit de ses héritiers naturels, ajoute : « Je laisse la note de mon avoir. Si la dépense n'absorbe pas tout mon avoir, le *surplus* sera pour la Société de secours mutuels des ouvriers de Bourg. » La testatrice croyait avoir absorbé toute sa fortune par les legs qu'elle avait faits ; elle ne pouvait donc pas songer à faire un legs universel en léguant à une société ouvrière ce qui, par hasard, resterait après l'acquittement des legs ; c'était une valeur indéterminée qui pouvait se réduire à rien, mais qui certainement ne comprenait pas un droit éventuel à toute l'hérédité (1).

Il en est de même quand *ce surplus* est une délibation d'un legs universel, alors que la volonté bien certaine du testateur est que le légataire universel ait toute son hérédité, défalcation faite de ce qu'il est chargé de remettre à la famille du défunt à laquelle il avait légué ce surplus (2).

518. Le legs de la nue propriété est un legs universel quand il porte sur l'universalité des biens. On est d'accord sur ce point, et il n'y a pas le moindre doute. En effet, le légataire de la nue propriété est virtuellement légataire de l'usufruit, car l'usufruit ne grève que temporairement la propriété, et il s'y réunit nécessairement lors du décès de l'usufruitier ; c'est le motif donné par la cour de cassation, et il est décisif (3).

La décision serait la même si le testateur, après avoir légué l'usufruit de tous ses biens, disposait qu'au décès de l'usufruitier les biens reviendraient à ceux de ses héritiers qu'il désigne dans son testament. C'est le legs de la nue propriété de tous les biens, donc c'est un legs universel, et ce legs est fait à quelques héritiers du défunt, donc à l'exclusion des autres, lesquels sont exhérédés. Ainsi jugé par la cour de Metz (4).

(1) Cassation, 8 janvier 1872 (Dalloz, 1873, 1, 57). Comparez Paris, 2 décembre 1872 (Dalloz, 1873, 2, 116).
(2) Paris, 18 mars 1873 (Dalloz, 1873, 2, 71).
(3) Cassation, 7 août 1827 (Dalloz, n° 3596). Duranton, t. IX, p. 197, n° 189, et tous les auteurs.
(4) Metz, 6 avril 1870 (Dalloz, 1871, 2, 106).

Nous dirons plus loin qu'il n'en est pas de même du legs de l'usufruit de tous les biens; ce legs est toujours à titre particulier.

II. *Que comprend le legs universel?*

519. Aux termes de l'article 1003, le legs universel comprend l'universalité des biens que le testateur laissera à son décès. Cela ne veut pas dire que le légataire recueillera nécessairement tous les biens délaissés par le défunt, puisqu'il peut y avoir des legs à titre universel ou à titre particulier. Mais tout bien non légué appartient nécessairement au légataire universel, il ne peut jamais être réclamé par les héritiers légitimes, puisque l'institution d'un légataire universel emporte l'exclusion de la succession *ab intestat*, donc l'exhérédation des héritiers naturels.

Par application de ces principes, la cour de Liége a décidé que si un testateur déclare, en instituant un légataire universel, excepter de son legs quelques biens déterminés, pour en disposer ultérieurement à sa volonté, ces biens appartiendront au légataire si le testateur meurt sans en avoir disposé. Cette décision est conforme à l'intention du testateur; il n'a pas voulu soustraire les biens dont il s'est réservé la disposition au legs universel en faveur des héritiers légitimes; si telle avait été son intention, il n'aurait pas fait un legs universel. Le testateur n'a voulu excepter ces biens du legs universel qu'au cas où il en disposerait ultérieurement. Ne l'ayant pas fait, il s'ensuit que ces biens, comme tous les autres, font partie du legs universel (1).

La même question s'est présentée devant la cour de cassation de France. Le testateur avait légué tous ses biens à son épouse, à l'exception d'une somme de 25,000 francs dont il se réservait de disposer et dont il laissait

(1) Liége, 9 mai 1821 (*Pasicrisie*, 1821, p. 377).

néanmoins l'usufruit à la légataire universelle. Il mourut sans en avoir disposé. De là procès entre la veuve et les héritiers. Le tribunal de Dijon se prononça en faveur de la légataire ; le testateur, dit-il, n'a pas excepté les 25,000 francs de son legs d'une manière absolue, pour les attribuer aux héritiers légitimes ; il avait l'intention d'en disposer, et sa volonté paraissait si arrêtée, que d'avance il donnait à sa femme l'usufruit de ladite somme. Ce n'est donc qu'au profit d'un légataire qu'il entendait diminuer le legs ; n'ayant pas donné suite à ce projet, la somme dont il ne disposait pas restait par cela même comprise dans le legs. Cette décision, conforme à celle de la cour de Liége, fut réformée en appel. La cour de Dijon dit que le testateur est libre de ne pas disposer de tous ses biens et d'en laisser une partie à ses héritiers légitimes. Sans doute, mais alors il ne fait pas de legs universel, à moins qu'on ne veuille considérer les héritiers comme légataires. Dans l'espèce, le défunt ne voulait certes pas disposer au profit de ses héritiers, car il disait tout le contraire : instituer sa femme légataire universelle, c'était certes exclure et exhéréder ses héritiers légitimes. Quant à la somme de 25,000 francs, il n'entendait pas davantage en gratifier ses héritiers, puisqu'il se réservait la faculté d'en disposer au profit de qui il jugerait à propos. La cour ajoute que le testateur, en léguant l'usufruit des 25,000 francs à sa femme, indiquait clairement qu'il ne voulait pas lui en laisser la propriété, car les qualités d'usufruitier et de propriétaire d'une seule et même chose sont incompatibles. Mauvaise raison : l'usufruit était légué à la femme dans la supposition que le testateur disposerait de la chose en nue propriété ; donc le legs de l'usufruit était conditionnel, il tombait si la condition ne se réalisait pas, comme de fait elle ne s'est pas réalisée. Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet qui n'est pas une véritable confirmation de l'arrêt de la cour de Dijon. La cour de cassation se borne à dire que les questions de volonté sont abandonnées à l'appréciation du juge ; or, la cour de Dijon s'était fondée exclusivement sur la volonté du testateur. Il n'y avait donc pas de loi

violée, comme le dit le conseiller rapporteur (1). Encore cela est-il douteux; il est vrai qu'aucune loi ne prévoit textuellement la difficulté. Mais il y a la définition du legs universel donnée par l'article 1003, d'où résulte que là où il y a legs universel il ne saurait y avoir de succession légitime. Il y a encore le principe que la définition de tout legs implique, à savoir : qu'il n'y a de disposition qu'en vertu d'une manifestation de volonté du testateur. Or, où était, dans l'espèce, cette manifestation de volonté en faveur des héritiers légitimes?

520. Le légataire universel profite non-seulement de tout ce dont le testateur n'a point disposé au profit d'autres légataires, il profite aussi de ce dont le défunt n'a pas valablement disposé, c'est-à-dire des legs nuls ou caducs. C'est donc au légataire universel qu'appartient l'action en nullité du legs. Cela a été jugé ainsi par la cour de cassation, et la chose n'est point douteuse (3). On suppose naturellement que le legs universel est sérieux. Nous avons dit ailleurs que l'esprit de fraude s'est emparé du legs universel. Pour empêcher les héritiers légitimes d'attaquer les legs faits à des corporations incapables, le testateur institue un légataire universel purement nominal; il va sans dire que les tribunaux répriment la fraude quand elle est démontrée (2).

N° 2. DU LEGS A TITRE UNIVERSEL.

521. Aux termes de l'article 1010, « le legs à titre universel est celui par lequel le testateur lègue une quote-part des biens dont la loi lui permet de disposer, telle qu'une moitié, un tiers, ou tous ses immeubles, ou tout son mobilier, ou une quotité fixe de tous ses immeubles ou de tout son mobilier. » La loi ne parle pas du legs à titre universel qui porte sur une quotité des biens que le testateur laissera à son décès; elle semble confondre ce

(1) Rejet, 11 mars 1846 (Dalloz, 1846, 1, 219).
(2) Cassation, 22 juillet 1835 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 180); Rejet, 17 août 1852 (Dalloz, 1852, 1, 264).

legs avec celui d'une quote-part des biens dont il est permis au testateur de disposer. C'est une erreur évidente ou une omission. Celui qui dispose du quart de ses biens fait un legs à titre universel, puisqu'il dispose d'une quotité de l'universalité de ses biens. S'il ne laisse pas de réservataires, le légataire aura droit à la quotité qui lui a été léguée. Mais si le testateur lègue le quart des biens dont la loi lui permet de disposer, et s'il laisse des réservataires, ce quart pourra ne comprendre que le seizième des biens. Autre chose est donc le legs d'une quotité de tout le patrimoine, autre chose est le legs d'une quotité du disponible (1).

Tout legs d'une fraction du patrimoine est un legs à titre universel. On a contesté l'application de ce principe dans l'espèce suivante. La testatrice institue un héritier universel, en le chargeant de vendre les biens meubles et immeubles qu'elle délaissera et de verser à l'administration des hospices 95 p. c. du produit net, après déduction des legs particuliers et des dettes. C'est une somme d'argent qui est l'objet du legs, dit-on, donc le legs est particulier. La cour de Bruxelles répond, et la réponse est péremptoire, que si la testatrice veut que l'on vende ses biens, c'est pour faciliter la liquidation de sa succession; aussi n'est-ce pas une somme fixe qu'elle lègue, ce qui constituerait un legs à titre particulier, c'est une fraction de son patrimoine; seulement au lieu de la léguer en nature, elle veut que le légataire universel en remette le prix. Le moyen employé par le testateur pour rendre le legs liquide ne peut pas changer la nature du legs ni la déterminer (2).

522. Le legs d'une quotité du disponible est encore un legs à titre universel, d'après l'article 1010. C'est, en effet, une quotité de tout le patrimoine, mais variable d'après la qualité et le nombre des réservataires : le legs du quart du disponible sera d'un seizième de tous les biens si le disponible est du quart; or, un seizième est une frac-

(1) Duranton, t. IX, p. 218, n° 207.
(2) Bruxelles, 27 mars 1867 (*Pasicrisie*, 1867, 2, 209).

tion du patrimoine, donc c'est un legs à titre universel. Il a été jugé que le legs du sixième disponible est un legs à titre universel qui donne au légataire un droit dans les biens délaissés par le défunt, droit qui s'exerce sur les biens mêmes, et que par suite on ne peut pas payer en argent (1). Ces questions-là ne devraient pas être portées devant la cour de cassation. On invoquait, dans l'espèce, une loi romaine contre le légataire : les lois romaines n'ont rien à faire dans un débat qui doit être décidé par le code civil, débat qui n'en est même pas un. Le moyen le plus sûr d'ôter tout crédit au droit romain, c'est de l'invoquer à tort et à travers.

523. La loi range parmi les legs à titre universel les legs de tous les immeubles, de tout le mobilier et les legs d'une fraction de tous les immeubles ou de tout le mobilier. Pothier donne comme raison que l'universalité des biens de chaque espèce, meubles ou immeubles, est elle-même une universalité de biens. La raison n'est pas très-juridique ; on ne peut pas dire, en principe, que les immeubles ou les meubles forment une quotité du patrimoine. Cette manière de considérer les meubles et les immeubles tient à l'ancien droit, dans lequel il y avait des héritiers différents pour les différentes espèces de biens ; et comme on n'est héritier qu'à titre universel, on considérait les meubles ou les immeubles que recueillait tel parent, comme une universalité. L'article 1010 est donc une disposition traditionnelle (2).

Les legs faits en objets mobiliers sont très-fréquents, et ils donnent lieu à de nombreuses difficultés. Nous y reviendrons en traitant des legs à titre particulier. Il a été jugé que le legs de l'*entièreté du mobilier* comprend même les rentes actives, quoique le testateur n'ait pas compris ces rentes dans l'énumération qu'il fait des meubles légués. Cette énumération a été considérée comme une explication, et non comme une restriction (3).

(1) Rejet, 13 janvier 1807 (Dalloz, n° 3701).
(2) Pothier, *Des donations testamentaires*, n° 63 ; Coin-Delisle, p. 452, n° 14 de l'article 1010.
(3) Liége, 21 mars 1833 (*Pasicrisie*, 1833, 2, 103, et Dalloz, n° 3706).

524. Les divers legs à titre universel peuvent être faits directement comme dispositions principales. Ils peuvent aussi être faits sous forme de charge imposée à un légataire, soit universel, soit à titre universel. Il y a legs à titre universel, sans doute aucun, lorsque le testateur lègue tous ses immeubles à Pierre à charge d'en remettre la moitié à Paul. Dans l'espèce suivante, il y a eu contestation et procès. La testatrice avait institué légataires à titre universel ses cousins de quatre branches, laissant à chacune de ces branches le quart de sa succession. Elle excluait l'un de ses cousins, mais à la charge par ses frères et sœurs de payer aux enfants du cousin exclu une somme équivalente au cinquième des valeurs par eux recueillies dans sa succession. Etait-ce un legs à titre universel ou à titre particulier? On prétendait que c'était une simple créance, donc un legs particulier. La cour de cassation rejeta cette interprétation; la testatrice léguait une quote-part de sa succession, donc elle faisait un legs à titre universel (1).

N° 3. DES LEGS A TITRE PARTICULIER.

525. Après avoir énuméré les legs à titre universel, l'article 1003 ajoute : « Tout autre legs ne forme qu'une disposition à titre particulier. » Le code ne donne qu'une définition négative du legs à titre particulier, et il était difficile d'en donner une autre : tout legs qui n'est pas universel, ni à titre universel, d'après les définitions des articles 1003 et 1010, est par cela même un legs particulier.

526. Par application de ce principe, il faut décider que le legs d'usufruit est un legs particulier quand même il porterait sur l'universalité des biens que le testateur laissera à son décès, ou sur une quotité de cette universalité. En effet, ces legs ne sont pas compris dans les

(1) Rejet, 27 mars 1855 (Dalloz, 1855, 1, 257).

définitions des articles 1003 et 1010; ce qui décide la question. Si je lègue l'usufruit de tous mes biens à Pierre pourra-t-on dire que Pierre est légataire universel? Non, certes, car il n'est pas légataire de l'universalité des biens, comme le veut l'article 1008, puisqu'il n'a qu'une jouissance temporaire de ces biens, jouissance qui ne constitue qu'un droit de servitude; il n'a aucun droit à la propriété et ne peut jamais en avoir. Ce legs n'est pas davantage un legs à titre universel, car on ne peut lui appliquer la définition de l'article 1003; le légataire n'a pas droit à une quotité des biens, puisque ces biens ne lui sont pas donnés en propriété. Le legs n'étant ni universel, ni à titre universel, la conséquence est que c'est un legs à titre particulier; c'est l'application littérale de l'article 1010.

Par la même raison, si je lègue à Pierre l'usufruit du quart de mes biens, ou l'usufruit de tous mes immeubles, ou l'usufruit de tout mon mobilier, le legs n'est pas à titre universel, car il ne tombe pas sous la définition de l'article 1010; cette définition suppose que le testateur lègue une quotité de biens, ou tous ses immeubles, ou tout son mobilier, c'est-à-dire une universalité en propriété; or, le légataire en usufruit n'est propriétaire d'aucun bien; donc il n'est pas légataire à titre universel, partant il est légataire à titre particulier.

Cette interprétation des legs faits en usufruit, fondée sur le texte des articles 1003 et 1010, découle de la nature même de l'usufruit. En effet, l'usufruit est une servitude personnelle, elle a donc nécessairement un objet déterminé, ce qui exclut toute idée d'universalité. Dira-t-on que le code ne donne pas le nom de servitude à l'usufruit? Peu importe; nous raisonnons, pour le moment, au point de vue de la doctrine. Toujours est-il que l'usufruit est un droit réel; or, un droit réel suppose une chose déterminée; que le droit porte sur plusieurs choses ou sur une seule, cela ne change pas la nature du droit, il reste un droit déterminé, particulier. Il en est encore de même si l'on considère l'usufruit comme un démembrement de la propriété; on rentre alors dans l'idée de servitude, ce

qui implique un droit particulier, donc un legs non universel (1).

Cette opinion n'est pas généralement admise. On objecte qu'il est contraire à la raison de mettre sur la même ligne l'usufruit d'un immeuble déterminé et l'usufruit de l'universalité des biens ou l'usufruit d'une quotité de cette universalité (2). Pourquoi cela serait-il contraire à la raison? Pour déterminer la nature du legs fait en usufruit, il faut considérer la nature de l'usufruit; or, l'usufruit change-t-il de nature selon qu'il porte sur une universalité de biens, ou sur une quotité de l'universalité, ou sur des biens déterminés? C'est toujours une servitude, un droit réel, un démembrement de la propriété, donc essentiellement un droit particulier; donc le legs est aussi un legs à titre particulier.

Le texte du code, dit-on, nous donne un démenti. En effet, les articles 611 et 612 distinguent trois classes d'usufruitiers : l'usufruitier universel, l'usufruitier à titre universel et l'usufruitier à titre particulier, ce qui répond à la classification des legs en universels, à titre universel et à titre particulier. L'objection n'est pas sérieuse. Il est vrai que la loi parle d'un usufruitier universel, mais elle ne dit pas que cet usufruitier universel est un légataire universel; il n'est pas question de legs dans les articles 611 et 612; il faut donc les laisser de côté et décider la question d'après les articles 1003 et 1010, qui sont le vrai siége de la matière.

On revient néanmoins aux articles 611 et 612 pour y puiser une objection qui a du moins une apparence juridique. La loi, dit-on, décide que l'usufruitier universel ou à titre universel doit contribuer avec le propriétaire au payement des dettes. S'il est tenu des dettes, c'est qu'il est successeur, c'est-à-dire légataire universel ou à titre universel, car le légataire particulier n'est jamais tenu des dettes (art. 1024). La réponse se trouve dans les articles mêmes que l'on nous oppose. Est-ce que l'article 612

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 147, note 16. Marcadé, t. IV, p. 87, n° III de l'article 1010. Demolombe, t. XXI, p. 532, n° 586.
(2) Duranton, t. IX, p. 242, n° 226

dit que l'usufruitier est tenu des dettes quand son usufruit porte sur tous les biens ou sur une quotité de biens? Du tout, la loi le soumet seulement à supporter les intérêts des dettes, parce que les intérêts se payent sur les revenus; or, l'usufruitier universel a tous les revenus, il est donc juste qu'il paye les intérêts qui grèvent la jouissance; de même l'usufruitier à titre universel ayant la jouissance d'une universalité, il est juste que, dans les limites de cette universalité, il supporte les intérêts. Mais quand il y a en concours un légataire de la nue propriété et un légataire de l'usufruit de tous les biens, c'est le légataire de la propriété qui est seul tenu de payer le capital des dettes, c'est donc lui seul qui est considéré comme successeur universel; le légataire de l'usufruit n'est pas tenu des dettes, parce qu'il n'est qu'un successeur à titre particulier (1).

Dans l'opinion contraire, qui est assez généralement suivie, on admet que le legs de l'usufruit n'est jamais un legs universel, quand même il porterait sur l'universalité des biens que le testateur laissera à son décès; mais on prétend que c'est un legs à titre universel. C'est une doctrine très-inconséquente et qui n'a aucun fondement, ni dans le texte ni dans l'esprit de la loi. Le texte de l'article 1010 est précis : tout legs qui ne tombe pas sous la définition de l'article 1010 est un legs à titre particulier; or, il suffit de lire cet article et de le mettre en rapport avec le legs universel fait en usufruit, pour se convaincre que ce legs n'est pas compris dans la définition. Cela est si évident que l'on n'a jamais essayé de prouver le contraire. Quant à l'esprit de la loi, on l'invoquerait en vain; le legs à titre universel est une création du code civil, on le confondait jadis avec le legs universel; il implique donc une disposition universelle; or, la disposition en usufruit est particulière de son essence. A vrai dire, nous combattons un fantôme. Que l'on parcoure les arrêts de la cour de cassation, et l'on n'y trouvera pas un mot, pas

(1) Proudhon, *De l'usufruit*, t. II, p. 58 et suiv., nos 475 et 476. Nîmes, 22 décembre 1866 (Dalloz, 1868, 2, 13).

une ombre de motif à l'appui de l'opinion qu'ils consacrent; la cour affirme. En droit, l'on doit prouver, et celui qui affirme sans prouver témoigne contre sa propre cause (1). Les auteurs sont tout aussi vides de raisons (2).

La jurisprudence des cours d'appel est favorable à notre opinion; elles ont refusé de suivre la cour de cassation, dont l'autorité, dans cette question, est nulle; car si la cour suprême jouit d'une grande autorité, c'est à cause des raisons sur lesquelles elle appuie ses décisions; des arrêts non motivés ne forment pas jurisprudence. A une doctrine aussi mal étayée, les cours d'appel opposent le texte de la loi : voilà une autorité qui l'emporte sur toutes les autres (3).

527. En parlant du legs fait en usufruit, nous avons supposé que le testateur n'entendait léguer qu'un démembrement de la propriété, la jouissance, qui est un des attributs du droit de domaine. Parfois le testateur, ignorant le sens des termes juridiques dont il se sert, emploie le mot *jouir* ou *jouissance* comme synonyme de *propriété*. Il va sans dire que le juge doit s'en tenir à l'intention du testateur, si les termes dont il s'est servi ne rendent pas sa pensée. Dans ce cas, le legs sera universel, quoique, en apparence, il ne porte que sur la jouissance. Un mari, sur le point de mourir et ne laissant qu'une fortune médiocre, teste en ces termes au profit de sa femme : « Je déclare que ma volonté est que mon épouse chérie, Adèle, jouisse, après ma mort, de toute la portion de mes biens dont la loi me permet de disposer. » Du contexte du testament, dit la cour de Paris, résulte la preuve que l'intention du testateur a été de ne donner à ses libéralités au profit de sa femme d'autres bornes que celles posées par la loi; le mot impropre de *jouir*, qui est échappé à la faiblesse d'un mourant, ne saurait énerver la volonté cer-

(1) Cassation, 7 août 1827 et 28 août 1827 (Dalloz, n°s 3596 et 3710, 3°). Rejet, 8 décembre 1862 (Dalloz, 1863, 1, 73).

(2) Troplong, t. II, p. 154, n° 1848. Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 250, note 13.

(3) Bordeaux, 19 février 1853 (Dalloz, 1854, 2, 146); Riom, 24 juillet 1862 (Dalloz, 1862, 2, 146); Orléans, 13 février 1869 (Dalloz, 1869, 2, 109).

taine d'un mari de donner à sa femme tout ce qu'il peut lui laisser. C'était donc un legs universel (1).

528. Les termes d'héritier ou de légataire universel dont le testateur se sert ne sont pas toujours décisifs. S'il les a employés dans leur véritable signification, tout est dit. Mais parfois un legs qualifié d'universel ne sera qu'un legs à titre particulier, et un legs qualifié de particulier sera un legs universel. Un testateur, après avoir légué à sa femme la totalité de son mobilier, l'usufruit de ses immeubles et sa moitié dans un acquêt de communauté, fait des legs particuliers au profit de neveux et nièces, puis il institue sa petite-nièce son *unique héritière* dans le restant de ses biens, actions et crédits : est-ce un legs universel? La cour de Bruxelles a conclu de l'ensemble des clauses du testament que le legs n'était qu'à titre particulier. Comme décision de fait, l'arrêt pourrait être critiqué; en droit, il est certain que l'intention du testateur l'emporte sur les termes impropres qu'il emploie (2).

Une demoiselle fait des legs particuliers et termine son testament par cette clause : « Après tous les dons ci-dessus et après que l'on aura payé les frais qu'aura occasionnés ma mort et les dettes qui resteront à payer, je désire que ce qui *restera encore en argent* soit donné aux plus pauvres de la commune, par les soins du curé assisté des membres de la fabrique. » Le bureau de bienfaisance vit dans ce legs une institution universelle au profit des pauvres et obtint, à ce titre, l'autorisation de l'accepter. Il a été jugé que cette disposition n'était qu'un legs particulier. En effet, la testatrice n'appelait pas les pauvres à tous ses biens, déduction faite de ce qu'elle avait légué, elle donnait aux pauvres *ce qui restait en argent*, c'est-à-dire de l'argent comptant qu'on trouverait dans sa succession; ce qui formait une disposition à titre particulier (3).

(1) Paris, 30 août 1853 (Dalloz, 1854, 2, 111).
(2) Bruxelles, 29 juillet 1809 (Dalloz, n° 3588). Comparez Liége, 24 décembre 1859 (*Pasicrisie*, 1860, 2, 191); cassation, 9 août 1858 (Dalloz, 1858, 1, 334).
(3) Bruxelles, 27 janvier 1864 (*Pasicrisie*, 1865, 2, 239).

529. Les legs particuliers d'immeubles se distinguent facilement des legs universels ou à titre universel. Un père partage ses biens entre ses cinq enfants par donation entre-vifs, en s'en réservant quelques-uns que l'acte désignait. Il lègue ensuite ces biens à l'une de ses filles. On prétendit qu'elle était héritière universelle. La cour de Bordeaux rejeta cette étrange prétention; le donateur s'était réservé des biens déterminés, et il léguait des biens déterminés; il faisait donc un legs à titre particulier (1).

Le testateur dit que, désirant faire régner la plus parfaite harmonie entre son neveu et sa nièce, et voulant, quant à ses biens immeubles, éviter toute discussion entre eux, il en a fait deux lots. Suivent les lots, dont l'un comprend une série de 22 numéros et l'autre une série de 21 numéros. Etait-ce un legs universel ou à titre universel? Un legs d'immeubles ne saurait être universel; il n'était pas à titre universel, puisque chacun des légataires n'était appelé qu'aux immeubles désignés dans les numéros qui composaient son lot. Donc le legs était à titre particulier (2).

Ces décisions ne sont pas douteuses; il n'en est pas de même de celle rendue dans l'espèce suivante. Après avoir légué des immeubles déterminés, le testateur dit : « Enfin tous les biens dont je n'ai pas disposé. » Cette expression, prise dans un sens absolu, signifiait que le testateur léguait tout ce qui restait de sa succession, après l'exécution des legs particuliers. Ainsi entendu, le legs était universel. Le tribunal de première instance l'interpréta en ce sens. En appel, une autre interprétation prévalut : comme de fait le testateur avait disposé de tous ses biens, les mots « enfin de tous les biens dont je n'ai pas disposé, » n'ajoutaient rien au legs, ils ne faisaient que l'expliquer, c'est-à-dire qu'ils énonçaient simplement le fait que les immeubles énumérés dans le legs litigieux étaient ceux qu'il n'avait pas précédemment légués. L'explication nous paraît forcée, et elle aboutit à ne donner aucun sens aux mots qu'il fallait interpréter, car il est

(1) Bordeaux, 7 juillet 1827 (Dalloz, n° 3592).
(2) Douai, 22 juillet 1854 (Dalloz, 1855, 2, 83).

parfaitement inutile de dire que les biens compris dans un legs et que l'on énumère sont ceux dont on n'a pas encore disposé. La cour de cassation a néanmoins maintenu la décision. Il y avait d'autres clauses qui favorisaient l'interprétation restrictive admise par la cour de Riom (1).

530. Les legs de meubles soulèvent de fréquents débats par suite des définitions que les auteurs du code ont cru devoir donner des expressions *meubles, meubles meublants, biens meubles, mobilier* et *effets mobiliers*. La loi définit encore ce que l'on entend par *don d'une maison meublée* et *don d'une maison avec tout ce qui s'y trouve* (art. 533-536). Ces définitions, qui avaient pour objet de prévenir les contestations, en ont fait naître de nouvelles. Nous renvoyons à ce qui a été dit, sur ce point, au livre deuxième (2). D'après le principe admis par la doctrine et la jurisprudence, tout dépend de l'intention du testateur; de sorte que les définitions légales deviennent à peu près un hors-d'œuvre.

531. Les auteurs s'accordent à dire que le legs d'une succession et le legs de la part du testateur dans une communauté sont des legs particuliers. Cela n'est pas douteux. La succession, quand elle est acceptée, se compose des objets mobiliers et immobiliers que l'héritier a recueillis et qui se confondent avec son propre patrimoine. Peu importe donc que le testateur ait recueilli la succession comme une universalité, c'est-à-dire comme héritier, il ne la transmet pas à ce titre; quoiqu'il l'ait acquise à un titre universel, il la transmet à titre particulier (3). Par application de ce principe, il a été jugé que le legs embrassant les successions paternelle et maternelle du testateur, *avec les bénéfices* d'une société, est un legs à titre particulier (4).

De même il a été jugé que le legs qui porte uniquement et en termes formels sur la part d'intérêt du testa-

(1) Rejet, chambre civile, 25 avril 1860 (Dalloz, 1860, 1, 230).
(2) Voyez le tome V de mes *Principes*, p. 633 et suiv., nos 515-524.
(3) Grenier, t. II, p. 622, no 288, et la note de Bayle-Mouillard.
(4) Chambéry, 7 décembre 1869, et Rejet, 21 novembre 1871 (Dalloz, 1871, 1, 255).

teur dans une maison de commerce à laquelle il était associé est un legs particulier. On objectait vainement qu'à la date du testament le testateur n'avait pas d'autres biens; il en avait d'autres à sa mort, et ces biens n'étaient pas compris dans le legs. On disait encore que le testateur avait eu l'intention de disposer de l'universalité de ses biens; l'intention ne suffit point, il faut qu'elle se manifeste dans les formes prescrites par la loi (1).

ART. 4. Modalité du legs.

N° 1. DU LEGS A TERME.

532. On appelle legs pur et simple celui dont l'existence n'est suspendue par aucune condition et dont l'exécution n'est retardée par aucun terme. Il existe dès l'ouverture de la succession, et il est exigible à ce moment. Le terme n'empêche pas le legs d'exister; mais la délivrance n'en peut être demandée qu'à l'échéance du terme. De là suit que le droit au legs est acquis au légataire, il fait partie de son patrimoine et il passe avec ce patrimoine aux héritiers du légataire s'il vient à mourir avant l'échéance ou avant la demande en délivrance (2). On applique donc au legs les principes qui régissent le terme en matière de conventions, sauf les règles spéciales qui régissent la délivrance des legs; nous les exposerons plus loin.

N° 2. DU LEGS CONDITIONNEL.

I. *Quand le legs est-il conditionnel?*

533. Le code traite des conditions au titre des *Obligations;* les principes qui y sont établis sont généraux de leur essence, ils s'appliquent donc aux legs, sauf les exceptions qui résultent de la nature des legs. Nous resterons fidèle à la classification de la loi; au titre des *Obligations,* nous exposerons les principes généraux sur la matière; pour le moment, nous ne ferons que les appli-

(1) Cassation, 15 juin 1868 (Dalloz, 1868, 1, 324).
(2) Duranton, t. IX, p. 285, n°s 277-280.

quer aux legs, en notant les différences qui existent entre les legs et les contrats. Il est peu logique d'appliquer des principes que l'on n'a pas encore exposés, mais ces anomalies sont inévitables dans toute classification.

Les auteurs admettent deux espèces de legs conditionnels, de même que le code distingue deux espèces d'obligations conditionnelles (art. 1168) : les legs faits sous condition suspensive et les legs faits sous condition résolutoire (1). Cette théorie est inexacte, comme nous le dirons ailleurs; il n'y a qu'une condition, c'est la condition suspensive; elle suspend tantôt l'existence d'un fait juridique et tantôt elle en suspend la résolution. Le legs fait sous condition résolutoire n'est pas conditionnel; quant à son existence, il est pur et simple et produit tous les effets d'un legs pur et simple; la résolution seule est suspendue. Il est inutile de s'arrêter sur ce point, les legs faits sous condition résolutoire sont si rares, qu'ils n'appartiennent guère qu'au domaine de la théorie (2), sauf ce qui concerne la révocation des legs faits avec charge, qui est une espèce de résolution; nous y reviendrons. S'il se présentait un legs fait sous condition résolutoire, on appliquerait par analogie les principes qui régissent les obligations contractées sous une pareille condition.

534. L'article 1040 définit le legs conditionnel celui qui ne doit être *exécuté* qu'autant que l'événement incertain qui constitue la condition arrivera ou n'arrivera pas. Au titre des *Obligations*, le législateur se sert aussi du mot *exécuter;* l'article 1181 dit que l'obligation contractée sous une condition suspensive ne peut être *exécutée* qu'après l'événement. L'expression est inexacte: c'est le *terme* qui suspend l'*exécution* de l'obligation; la *condition* fait plus que suspendre l'*exécution*, elle suspend l'existence même de l'obligation, en ce sens qu'elle en suspend les effet. Il faut donc dire que le legs conditionnel est celui

(1) Duranton, t. IX, p. 287, n° 281.

(2) Il a été jugé, en matière fiscale, que le legs de nue propriété fait avec cette clause que l'usufruitier réunirait la nue propriété à l'usufruit à l'âge de vingt et un ans, était un legs sous condition résolutoire. Jugement du 8 février 1849, du tribunal du Havre (Dalloz, 1849, 5, 159, n° 33). N'est-ce pas plutôt un legs à terme ?

dont l'existence est suspendue par un événement futur et incertain.

Ainsi le legs conditionnel n'existe pas tant que la condition n'est pas accomplie. L'article 1040 consacre une conséquence de ce principe : si le légataire décède avant l'accomplissement de la condition, le legs est caduc. Le légataire ne peut pas transmettre son droit à ses héritiers, car il n'a pas de droit. Il est vrai que dans les obligations conditionnelles le créancier transmet ses droits, quoique conditionnels, à ses héritiers (art. 1179). La raison en est que nous stipulons pour nous et pour nos héritiers (art. 1122), tandis que le testateur ne donne pas au légataire et à ses héritiers, les libéralités étant déterminées par des motifs d'affection ou de reconnaissance tout à fait personnels; le testateur veut gratifier le légataire, il n'entend pas gratifier ses héritiers.

535. De là l'importance de la question de savoir si un legs est conditionnel. Il y a un terme qui équivaut à la condition, même dans les contrats, c'est le terme incertain, lorsqu'il est incertain si l'événement arrivera, et incertain par conséquent à quelle époque il arrivera; c'est ce qu'on appelle, dans le langage de l'école, un *dies incertus an et quando* : ce prétendu terme est une vraie condition, puisque l'incertitude sur l'arrivée de l'événement fait qu'il est incertain s'il y aura un legs, et quand l'existence du legs est incertaine, le legs est conditionnel. Le terme est encore incertain s'il est certain que l'événement arrivera, mais incertain quel jour il arrivera : c'est le *dies certus an, incertus quando;* ce terme ne fait pas condition dans les obligations, parce que l'obligation est certaine dès le principe, le terme ne fait qu'en ajourner l'exécution. Dans les legs, ce terme peut être une condition ou un simple terme. Jadis on décidait que ce terme équivalait à une condition, à moins qu'il ne fût prouvé que l'intention du testateur était que l'exécution du legs fût seule ajournée (1). Le code ne reproduit pas ces dis-

(1) Pothier, *Des donations testamentaires*, n°s 235 et 236. Comparez deux arrêts de la cour de Bruxelles, rendus sous l'empire du droit romain, du 3 mai 1816 et du 25 janvier 1821 (*Pasicrisie*, 1816, p. 126, et 1821, p. 288).

tinctions; il semble, au contraire, les proscrire par l'article 1014, qui porte : « La *condition* qui, dans l'intention du testateur, ne fait que suspendre l'*exécution* de la disposition, n'empêchera pas l'héritier institué, ou le légataire, d'avoir un droit acquis et transmissible à ses héritiers. » Cette disposition est mal rédigée; elle donne le nom de condition à ce qui n'est pas une condition; si c'est seulement l'*exécution* de la disposition qui est suspendue, il y a terme et non condition. L'article 1041 décide donc réellement la question du terme incertain, qui peut être, soit une condition, soit un terme; et il la décide en ce sens que le juge prononcera en consultant l'intention du testateur. Il faut donc laisser de côté la vieille terminologie et la vieille doctrine : les tribunaux apprécieront. La décision du code est pratique tout ensemble et sage. Les distinctions de la théorie seraient excellentes si les testaments étaient rédigés par des jurisconsultes avec la précision du langage juridique; il est inutile d'ajouter qu'il n'en est pas ainsi. Dès lors des distinctions fondées sur la terminologie risquent d'être en opposition avec la volonté du testateur. Mieux vaut abandonner aux tribunaux le soin de rechercher la volonté du disposant et de décider, en conséquence, si le legs est à terme ou conditionnel (1).

536. La jurisprudence est rare sur ces questions, ce qui prouve que les legs conditionnels ne sont pas fréquents et que la pratique ignore les difficultés dont la théorie s'est tant préoccupée. Il y a un arrêt de la cour de Bruxelles rendu dans une espèce qui n'offrait aucun doute. Un testateur, après avoir légué l'usufruit de ses biens à sa femme, ajoute : « Je laisse, *après la mort de ma femme*, à tous mes neveux et nièces mon bien à partager entre eux également. » Les mots *après la mort de ma femme* forment-ils terme ou condition? On ne conçoit pas que la question ait été agitée. Le testament disposait de l'usufruit au profit de la femme, donc de la nue pro-

(1) Comparez Duranton, t. IX, p. 293, nº 294. Aubry et Rau, t. VI, p. 152, et notes 4, 5 et 6; Demolombe, t. XXI, p. 278, nºs 309-312.

priété au profit des héritiers ; si le testateur parlait du partage à faire après la mort de l'usufruitière, c'est qu'alors l'usufruit se réunissait à la nue propriété; mais le droit aux biens en nue propriété s'ouvrait à la mort du testateur, sinon il eût fallu dire, ce qui est absurde, que pendant la vie de l'usufruitière personne n'avait la nue propriété : peut-il y avoir un usufruit là où il n'y a point de nue propriété (1)?

Un testateur lègue à chacun de ses neveux et nièces une somme de trois mille francs, *payable à l'époque de leur établissement*. Cette époque forme-t-elle un terme ou une condition? Le mot *payable* se rapporte à l'exécution du legs, ce qui semble indiquer que la disposition est à terme; mais l'*établissement* a été interprété comme indiquant un *établissement par mariage*, et le mariage forme nécessairement une condition, puisque le legs ne doit point se payer à ceux qui ne se marient pas. La cour décida que les legs étaient conditionnels (2).

La même difficulté se présentait dans un legs ainsi conçu : « Je lègue à mon filleul la somme de 2,000 francs *payable à sa majorité seulement*; mais je veux que jusqu'à cette époque il lui soit payé l'intérêt de cette somme pour l'aider à apprendre un état. » Il a été jugé que ce legs était à terme. L'époque de la majorité ne forme pas nécessairement, comme celle du mariage, une condition; ce peut être un terme ou une condition; cela dépend de l'intention du testateur; or, le mot *payable* implique un terme, ainsi que l'obligation de payer les intérêts; il ne peut être dû des intérêts sans qu'il y ait un capital; il y avait donc dette, partant terme et non condition (3).

Que faudrait-il décider si le testateur avait dit simplement : « Je lègue 2,000 francs à mon filleul à sa majorité? » Les auteurs disent que ce legs est conditionnel, tandis qu'il serait à terme si le testateur avait ajouté le mot *payable* à la majorité (4). Il nous semble que, dans

(1) Bruxelles, 27 juillet 1822 (*Pasicrisie*, 1822, p. 221).
(2) Aix, 13 février 1829, et Rejet, 18 mai 1831 (Dalloz, n° 188, 3°).
(3) Bordeaux, 29 juillet 1858, et Rejet, 17 mai 1859 (Dalloz, 1859, 1, 396).
(4) Aubry et Rau, t. VI, p. 149, § 715, et p. 152, § 717.

toute hypothèse, c'est une question d'intention. Le legs *à la majorité* ne peut-il pas signifier *payable* à cette époque, donc un terme aussi bien qu'une condition? C'est au juge à apprécier.

Un testateur lègue à chacun de ses neveux et nièces 500 francs de rente viagère, avec cette clause que si ces legs ne sont pas acceptés dans l'année de son décès, ils accroîtront à ses légataires universels. Le testateur meurt en 1843; deux des légataires particuliers, habitant la Russie, ne demandèrent la délivrance de leurs legs qu'en 1852. Etaient-ils déchus? La cour de Paris se prononça en leur faveur. L'obligation d'accepter dans l'année ne devait pas, dit-elle, être considérée comme une condition absolue entraînant la déchéance nécessaire contre ceux des légataires qui auraient été dans l'impuissance de connaître les libéralités et par suite de les accepter; c'était au juge à apprécier s'il y avait négligence. Or, dans l'espèce, aucun reproche ne pouvait être fait aux légataires qui étaient en retard, puisqu'ils n'avaient pas eu connaissance du testament; c'était le légataire chargé du service des rentes qui était en faute; on pouvait donc invoquer l'article 1178, aux termes duquel la condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur, obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement. Cette dernière considération était décisive; le pourvoi contre l'arrêt de la cour de Paris fut rejeté (1).

II. *Effet du legs conditionnel.*

537. Comme la condition suspend le legs, on pourrait croire et on dit quelquefois que le legs n'existe pas, qu'il ne produit aucun effet aussi longtemps que la condition n'est pas accomplie. Cela est trop absolu. L'article 1180 porte que le créancier peut, avant que la condition soit accomplie, exercer tous les actes conservatoires de son droit. Donc le créancier a un droit, droit éventuel, il est vrai, droit qui s'anéantira si la condition ne s'accomplit

(1) Rejet, 15 février 1858 (Dalloz, 1858, 1, 196).

pas; mais si la condition s'accomplit, elle a un effet rétroactif au jour où le testament s'est ouvert (art. 1179). Il nous faut voir en quel sens ces dispositions concernant les obligations conditionnelles reçoivent leur application aux legs faits sous condition.

538. Il n'y a aucun doute quant aux actes conservatoires. L'article 1180 donne au créancier conditionnel le droit de les faire parce qu'il a un droit éventuel; or, le légataire sous condition a aussi un droit éventuel; donc il doit avoir la faculté d'exercer les actes qui tendent à le conserver. Il y a un de ces actes qui est d'une grande importance pour les légataires. La loi les autorise à demander la séparation des patrimoines; pour conserver ce droit à l'égard des créanciers des héritiers, ils doivent prendre inscription sur les immeubles de la succession dans les six mois de l'ouverture de l'hérédité (loi hypothécaire, art. 39). Les légataires conditionnels peuvent prendre cette inscription, puisqu'elle a pour objet de *conserver* un droit qui leur appartient. D'après notre loi hypothécaire, le testateur peut établir une hypothèque sur un ou plusieurs de ses immeubles pour garantir des legs par lui faits. S'il y a une hypothèque testamentaire, le légataire peut prendre inscription, formalité essentiellement conservatoire (art. 44 et 83).

539. Le légataire peut-il exiger caution des personnes chargées d'acquitter le legs, afin d'en garantir le payement après l'arrivée de la condition? Il y a quelque hésitation sur ce point dans la doctrine; la négative nous paraît certaine. Tant que la condition est en suspens, le légataire n'a qu'un droit, celui de faire les actes conservatoires; or, le cautionnement est plus qu'un acte conservatoire, c'est une obligation imposée au débiteur du legs; et le débiteur n'est tenu de donner caution qu'en vertu d'une convention ou en vertu de la loi, et dans l'espèce, il n'y a ni convention ni loi; cela est décisif (1).

Les motifs que l'on invoque en faveur de l'opinion con-

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 152, note 8. Duranton, t. IX, p. 305, nº 307. Comparez Nîmes, 22 avril 1812 (Dalloz, nº 3812).

traire sont d'une faiblesse extrême. Bayle-Mouillard fait appel à l'équité (1) : est-ce que l'équité suffit pour imposer une obligation sans convention ni loi? Rien n'est plus sacré que les dernières volontés, dit Troplong; il faut empêcher l'héritier de les rendre inexécutables par sa mauvaise gestion (2). Nous répondrons qu'il y a quelque chose de plus sacré encore que la volonté du testateur, c'est la loi, et la loi ne permet pas à l'interprète d'imposer au débiteur des obligations que celui-ci n'a point contractées. C'est au législateur que s'adressent tous les arguments que l'on fait valoir en faveur des légataires; c'est à lui seul de décider.

540. Il y avait, en droit romain, une caution spéciale que l'on appelait caution *mucienne*, du nom de Mucius Scévola, qui l'avait fait admettre. Quand la condition est négative et qu'elle ne peut se vérifier qu'à la mort du légataire, elle ne s'accomplit qu'à cette époque, puisque ce n'est qu'alors qu'on peut dire que le légataire n'a point fait ce que la condition lui défendait de faire : telle serait la condition de ne pas se remarier, ou de ne pas embrasser l'état ecclésiastique, en supposant que ces conditions soient licites. On permettait au légataire de demander la délivrance du legs aussitôt après la mort du testateur, en offrant de fournir caution pour la restitution des objets légués, au cas où il contreviendrait à la condition. Disposition pleine d'équité, qui conciliait les droits du légataire et ceux de l'héritier. Les auteurs enseignent que le légataire pourrait offrir la caution mucienne (3). Cela nous paraît inadmissible. La condition suspend le legs, donc le legs ne produit aucun effet tant que la condition n'est pas accomplie; or, la caution mucienne donne effet au legs, elle attribue au légataire une jouissance qui, de droit, appartient à l'héritier. Cette dérogation au droit ne pourrait se faire qu'en vertu de la loi. Cela nous paraît si évident qu'il est inutile d'insister.

(1) Bayle-Mouillard sur Grenier, t. II, p. 779.
(2) Troplong, t. I, p. 113, n° 287. Comparez Demolombe, t. XXII, p. 284, n° 316.
(3) Duranton, t. IX, p. 296, n° 297. Aubry et Rau, t. VI, p. 153 et note 10. Demolombe, t. XXII, p. 285, n° 317.

541. L'article 1179 porte que la condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté. Cela est de l'essence de la condition, comme nous le dirons au titre des *Obligations;* il faut donc admettre le même principe pour la condition qui est attachée aux legs. Mais la rétroactivité n'a pas les mêmes effets dans les legs que dans les obligations. Il y a un premier point qui n'est pas douteux. L'article 1179 dit que si le créancier meurt avant l'accomplissement de la condition, ses droits passent à ses héritiers. Nous avons déjà dit que les legs conditionnels ne se transmettent pas aux héritiers (n° 534); en ce sens, la condition ne rétroagit point. Est-ce qu'elle rétroagit en ce qui concerne la capacité du légataire? à quelle époque le légataire doit-il être capable? Nous renvoyons à ce qui a été dit ailleurs sur ce point (1).

Restent la propriété et la jouissance des biens compris dans le legs. L'héritier reste en possession, c'est lui qui jouit; si la condition vient à s'accomplir, devra-t-il restituer au légataire les fruits qu'il a perçus? Nous avons dit, à plusieurs reprises, qu'à notre avis la rétroactivité de la condition avait effet quant aux fruits; les fruits appartiennent au propriétaire; or, c'est le légataire qui est propriétaire dès l'ouverture de l'hérédité, donc c'est lui qui devrait profiter des fruits. Mais en matière de legs, les principes qui régissent les fruits sont modifiés par d'autres principes que nous exposerons plus loin en traitant de la saisine et de la délivrance. Reste la question de propriété, sur laquelle il n'y a aucun doute; le légataire acquiert la propriété, non du jour où la condition s'accomplit, mais du jour où la succession s'ouvre. C'est une conséquence logique de la rétroactivité, et elle est en harmonie avec les principes qui régissent l'acquisition des legs. La donation testamentaire est placée par la loi parmi les modes de transmettre la propriété des biens; c'est lors de l'ouverture de la succession que la transmission s'opère, car le légataire tient son droit du défunt; c'est par conséquent

(1) Voyez le tome XI de mes *Principes*, p. 515, n° 384

à la mort du testateur que le légataire doit acquérir le droit au legs; si le legs est fait sous condition, la condition rétroagira à ce moment. De là suit que si le légataire a aliéné la chose, ou s'il l'a grevée de droits réels, ces actes de disposition seront valables, car ils ont été faits par le propriétaire de la chose; tandis que les actes de disposition faits par l'héritier tomberont parce qu'ils ont été faits par celui qui n'était pas propriétaire de la chose (1).

542. Quand la condition est-elle accomplie? En principe, la condition doit être accomplie telle qu'elle a été formulée par le testateur; c'est une loi qu'il impose, et cette loi doit être exécutée. Toutefois le principe reçoit une modification en matière de legs. La condition, comme toutes les clauses des testaments, doit être interprétée d'après la volonté du testateur; si celui-ci a voulu l'accomplissement rigoureux de la condition, le juge doit mettre la même rigueur dans sa décision; nous en trouvons un exemple dans un arrêt de la cour de cassation. Le testateur met au legs la condition que le légataire prendra les nom et prénoms du testateur. On a contesté la légalité de cette condition, mais à tort. La législation française permet les changements de nom, mais cela ne peut se faire qu'avec l'autorisation du gouvernement. De là une première conséquence sur laquelle il n'y a aucun doute; si le gouvernement refusait l'autorisation que le légataire lui demande, la condition ne pourrait pas s'accomplir, et par suite le legs deviendrait caduc. Vainement le légataire dirait-il qu'il a fait tout ce qui dépendait de lui pour remplir la volonté du testateur, on lui répondrait que la condition ne consiste pas à faire acte de bonne volonté, elle consiste à porter les noms du testateur, donc elle n'est pas accomplie quand, par une cause quelconque, le légataire ne satisfait pas à la condition. Dans l'espèce qui s'est présentée devant la cour de cassation, le légataire avait obtenu la permission d'ajouter à son nom celui

(1) Duranton, t. IX, p. 309 et suiv., nos 310-313. Aubry et Rau, t. VI, p. 153, et note 14. Demolombe, t. XXII, p. 290, no 324.

du testateur, mais la condition voulait plus, le légataire devait aussi prendre les prénoms du défunt; donc la condition n'était pas accomplie, et partant le legs devenait caduc. Cela est d'une rigueur extrême, mais il résultait du testament et des testaments antérieurs du défunt qu'il tenait absolument à perpétuer son nom; c'est dans ce but, et non par affection pour la légataire, qu'il avait testé; dès lors le juge a dû se montrer rigoureux, la condition n'étant pas accomplie (1).

Dans une autre espèce, la cour de Montpellier et, à sa suite, la cour de cassation ont montré une indulgence tout aussi grande. Le testateur avait institué un légataire universel, à la charge par le légataire d'ajouter le nom du testateur au sien, sous peine d'être déchu de l'hérédité. Le légataire ne demanda pas l'autorisation exigée par la loi, mais, de fait, il ajouta le nom du défunt au sien. Ce n'était certes pas remplir la condition, car le nom du testateur n'était pas transmis de droit au légataire et à sa postérité, comme le testament le voulait. Le tribunal de première instance prononça la déchéance; la cour de Montpellier, après partage, autorisa les enfants du légataire à demander l'autorisation du gouvernement. L'arrêt dit que, dans la pensée du testateur, le legs devait profiter aussi bien aux enfants du légataire, pour l'un desquels il avait une grande prédilection, qu'au légataire lui-même, et que d'ailleurs le légataire avait porté de fait le nom du testateur. Motif d'une faiblesse extrême. En droit, la condition n'était pas remplie au décès du légataire, donc le legs était caduc, et un legs caduc peut-il passer aux héritiers du légataire? ceux-ci peuvent-ils jamais être admis à accomplir une condition qui a défailli dans la personne de leur auteur? La cour de cassation confirma la décision par un arrêt de rejet, en se fondant sur ce que la cour n'avait fait qu'apprécier les circonstances de la cause (2).

543. Il faut s'en tenir à la rigueur des principes, tels

(1) Rejet, chambre civile, 4 juillet 1836, après délibération en la chambre du conseil (Dalloz, au mot *Nom*, n° 34, 2°).
(2) Rejet, 21 août 1848 (Dalloz, 1848, 1, 223).

qu'ils sont formulés par l'article 1040. La condition véritable doit être accomplie, telle que le testateur l'a imposée, quand même l'inaccomplissement ne viendrait pas du fait du légataire. Le legs est fait sous la condition que le légataire se mariera ; le légataire décède sans s'être marié, mais avant qu'il eût atteint l'âge nubile. Il a été jugé que ce legs est caduc. En effet, la condition n'était pas accomplie. On objectait que la condition devait être réputée non écrite, comme impossible ; la cour de cassation répond que la condition impossible est celle qui, au moment où elle est imposée, ne peut être remplie, parce que les lois de la nature s'y opposent. Telle n'est certes pas la condition de se marier (1). On pouvait contester que la condition fût licite. Nous avons examiné cette question ailleurs.

544. La condition potestative est-elle accomplie lorsque le légataire a fait ce qui dépend de lui pour l'accomplir, mais que, par des circonstances indépendantes de sa volonté, elle ne peut être remplie? On l'enseigne ; la question étant générale, nous l'ajournons au titre des *Obligations*. Nous préférerions décider, comme la cour de cassation l'a fait en matière de legs conditionnels, que la volonté du testateur doit être consultée. Dans l'espèce, le testateur avait légué tous ses biens à une fabrique d'église, sous la condition expresse, et à peine de nullité, que le prix provenant de ses biens serait employé à construire une autre église à la place de l'ancienne qui tombait en ruine. Un décret supprima l'église en la réunissant à une autre. Les héritiers demandèrent le prix des biens, en se fondant sur l'impossibilité d'exécuter la condition. Il fut jugé que la charge imposée au légataire était potestative, et non casuelle, et que les conditions potestatives sont censées accomplies quand leur inaccomplissement ne dépend pas du légataire. Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet, mais la cour de cassation n'invoque pas le prétendu principe sur lequel la cour de Besançon s'était fondée ; elle dit seulement que c'est une question d'intention, et

(1) Rejet, 20 décembre 1831 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 149).

qu'il appartient au juge du fait d'apprécier la volonté du testateur (1). Cette volonté n'était pas douteuse, à notre avis; le testateur voulait une église, et non la bonne volonté de la fabrique d'en construire une.

545. On lit dans un arrêt de la cour de Gand que les conditions tacites dans les testaments ne rendent pas la disposition conditionnelle, en ce sens que le légataire, malgré la condition tacite, a un droit à la chose léguée dès le décès du testateur et le transmet à ses propres héritiers (2). C'est la doctrine de Voet, fondée sur des lois romaines (3). Elle a quelque chose de contradictoire. Il est de l'essence de la condition de suspendre le fait juridique auquel elle est attachée; donc une condition qui ne suspend pas le legs n'est pas une condition, et on a tort de l'appeler ainsi. On peut contester qu'il y ait une condition tacite. La condition est une modalité qui modifie profondément l'obligation ou le legs qu'elle affecte. En général, l'obligation et le legs existent au moment même où le contrat se fait et où la succession s'ouvre; une disposition conditionnelle est donc une disposition exceptionnelle; or, il est de la nature des exceptions qu'elles doivent être stipulées expressément, parce qu'elles dérogent à une règle générale. On comprend une condition tacite, c'est-à-dire sous-entendue en vertu de la loi; l'article 1188 établit une condition résolutoire tacite fondée sur l'intention des parties contractantes. Le législateur a ce pouvoir; mais l'interprète peut-il aussi admettre une condition qui n'est pas écrite au contrat ou au testament? Cela est bien douteux. Nous reviendrons sur la question au titre des *Obligations*. En matière de legs, la question est sans intérêt pratique, puisque, de l'aveu de ceux qui admettent la condition tacite, elle ne produit pas l'effet d'une condition. Voet cite comme exemple le legs de fruits. Nous disons que cette disposition n'est pas conditionnelle, parce que le testateur n'a pas subordonné le legs à un événement futur et incertain; le légataire a donc un droit

(1) Rejet, 27 août 1823 (Dalloz, n° 112, 1°).
(2) Gand, 13 juin 1866 (*Pasicrisie*, 1866, 2, 296).
(3) Voet, lib. XXVIII, tit. VII, n° 3.

immédiat à la chose léguée, bien entendu qu'il ne pourra réclamer les fruits que lorsqu'il y en aura, et que si, par un cas fortuit, il ne naît pas de fruits, il ne peut rien réclamer. Voet arrive à la même conclusion en enseignant que la condition tacite n'a pas les effets d'une condition; mais cette doctrine nous paraît peu juridique, même en théorie; au point de vue des textes, elle est tout à fait inadmissible. Nous ne parlons pas des lois romaines, elles sont abrogées; nous parlons du code civil, qui définit la condition et ses effets. Si l'on admet qu'il y a une condition tacite, cette condition doit avoir les effets de toute condition; admettre une condition qui n'a pas les effets déterminés par la loi, c'est admettre une exception à la loi sans texte; l'interprète n'a pas ce droit-là. Mieux vaut donc dire, nous semble-t-il, que cette prétendue condition tacite n'est pas une condition.

N° 3. DU LEGS AVEC CHARGE.

546. Le legs est fait avec charge lorsque le testateur prescrit au légataire de donner quelque chose à un tiers, ou de faire quelque chose pour un tiers. Ricard qualifie ces dispositions d'onéreuses ; c'est le nom que l'on donne aux donations faites avec charge. La charge a le même effet, qu'elle soit ajoutée à un legs ou à une donation. La disposition est pure et simple, elle s'ouvre au décès du testateur; le légataire en peut de suite réclamer l'exécution; s'il vient à mourir avant d'avoir demandé la délivrance du legs, il transmet son droit à ses héritiers. C'est la différence fondamentale qui existe entre la charge et la condition. Toutefois il y a quelque chose de conditionnel dans le legs fait avec charge, c'est la résolution du legs, ce que la loi appelle la révocation (art. 1046 et 954). Le code met, sous ce rapport, les legs onéreux sur la même ligne que les donations onéreuses. Or, dans les donations onéreuses, on sous-entend la condition résolutoire tacite; donc on la sous-entend aussi dans les legs onéreux. Il est vrai que le legs n'est pas un contrat; mais en acceptant

le legs fait avec charge, le légataire s'oblige à remplir la charge; le débiteur du legs a droit et intérêt à exiger l'accomplissement de la charge; c'est ce que les interprètes appellent un quasi-contrat. Il y a plus que quasi-contrat, puisqu'il y a concours de consentement; l'héritier consent à exécuter le legs avec la charge qui y est attachée, ce qui rend le legs révocable quand la charge n'est pas remplie; le légataire, de son côté, consent à profiter du legs avec cette charge, ce qui le soumet à la résolution s'il ne donne ou ne fait pas ce qu'il a promis de donner ou de faire. Ce concours de consentement constitue une convention synallagmatique, dans laquelle la condition résolutoire est sous-entendue. On peut donc appliquer au legs fait avec charge ce que nous avons dit de la donation onéreuse(1).

547. La différence est grande entre un legs conditionnel et un legs fait avec charge; c'est la différence qui existe entre la condition qui suspend l'existence du legs et la condition qui en suspend la résolution, ou ce que le code appelle la condition suspensive et la condition résolutoire. Quand la disposition est-elle conditionnelle? quand est-elle onéreuse? Tout dépend de la volonté du testateur; c'est donc une question de fait abandonnée à l'appréciation du juge. Les termes dont le testateur se sert peuvent aider le juge dans cette recherche, mais ils sont loin d'être décisifs, un même mot pouvant indiquer soit une condition, soit une charge. Ainsi quand le testateur dit qu'il lègue telle somme à un tel pour faire telle chose, le mot *pour* peut marquer tantôt une condition, tantôt une charge. Le testateur, un curé, lègue à son neveu une somme de 400 francs, qui lui sera payée annuellement pour continuer ses études en théologie. Il a été jugé que ce legs était conditionnel. L'intention du testateur n'était guère douteuse; il n'aurait pas fait ce legs s'il n'avait eu la conviction ou le désir que son neveu embrassât l'état ecclésiastique; l'existence de la libéralité était donc subordonnée à l'accomplissement d'un fait, ce qui rendait la

(1) Voyez le tome XII de mes *Principes*, p. 540, n° 450. Comparez Duranton, t. IX, p. 318, n° 314. Bruxelles, 9 janvier 1823 (*Pasicrisie*, 1823, p. 328).

disposition conditionnelle. Restait à examiner si la condition était licite, ou si elle devait être considérée comme non écrite; nous avons examiné la question ailleurs (1).

548. Quel droit la charge donne-t-elle au tiers dans l'intérêt duquel elle est établie? La charge est une libéralité que le testateur fait au tiers; le tiers est donc un légataire, et il a tous les droits que la loi attache aux legs. Peu importe, en effet, la forme dans laquelle le testateur dispose; dès que, par un acte de dernière volonté, il gratifie une personne, il y a legs (art. 1002). On a objecté que l'obligation imposée à l'héritier de payer une somme à un tiers a pour cause l'acquittement d'une dette du testateur. La cour de Colmar répond que, dans les actes de dernière volonté, la véritable cause de la disposition est la volonté de faire une libéralité; c'est ce que le code suppose en décidant que le legs fait à un créancier n'est pas censé fait en compensation de sa créance (2). Le tiers au profit duquel la charge est établie a donc le droit de réclamer l'exécution de la charge, comme tout légataire peut demander la délivrance du legs.

Cela suppose que le tiers est capable de recevoir à titre gratuit. La charge constituant un legs, il faut appliquer les principes généraux qui régissent la capacité de recevoir. Ainsi les corporations religieuses non reconnues ne peuvent pas plus recevoir sous forme de charge que par une disposition directe. Naît alors la question de savoir si la nullité de la charge entraîne la nullité de la disposition qui en est grevée. Il faut voir si le legs avec charge est une disposition sérieuse faite au profit de celui qui est grevé de la charge; dans ce cas, le legs est valable, bien que la charge tombe; de même que le legs est valable quand il est fait sous une condition illicite que la loi répute non écrite. Pour maintenir le legs malgré la condition illicite qui l'affecte, il a fallu une disposition expresse; quant à la charge, il n'y avait pas de doute, la disposi-

(1) Liége, 3 juin 1839 (*Pasicrisie*, 1839, 2, 98), et le tome XI de mes *Études*, p. 652, n° 503.

(2) Colmar, 10 mars 1832 (Dalloz, n° 3422, 5°); Duranton, t. IX, p. 323, n° 20. Voyez une conséquence du principe dans un arrêt de rejet du 27 novembre 1833 (Dalloz, n° 3190, 3°).

tion étant valable, la nullité de la charge profite à celui qui devait l'accomplir (1). Quand le légataire est chargé de donner ou de faire dans l'intérêt d'une communauté religieuse, il n'est d'ordinaire qu'un prête-nom; le testateur a voulu gratifier la communauté, et, ne pouvant le faire directement sous forme de legs, il le fait indirectement sous forme de charge ; la charge étant, dans ce cas, un moyen imaginé pour éluder une loi d'ordre public, il est certain que le legs même est nul. Nous renvoyons à ce qui a été dit ailleurs sur cette matière (2).

549. Quand nous disons que la charge donne un droit aux tiers dans l'intérêt desquels elle est établie, et par suite action, nous supposons que la charge constitue un droit privé dont l'exécution peut être poursuivie en justice. Il y a des charges établies dans un intérêt général, plutôt que dans l'intérêt de ceux qui sont appelés à en profiter. Telles sont les fondations de prix qui sont décernés d'ordinaire sur le rapport d'une Académie ou d'un corps quelconque. Les prix profitent à ceux qui les reçoivent ; néanmoins c'est dans l'intérêt de la science qu'ils sont fondés, et c'est le corps chargé de les décerner qui est juge de la décision. Ceux qui prétendraient avoir droit au prix n'ont donc pas d'action en justice, ils ne sont pas gratifiés directement en vertu du testament, ils ne le sont que lorsqu'une décision du corps qui décerne les prix leur donne un titre. Si le corps savant décide qu'il n'y a pas lieu de décerner le prix, les concurrents n'ont pas le droit d'appeler de cette décision devant les tribunaux, car ces décisions, par la volonté même du testateur, sont sans contrôle, le testateur ayant accordé un pouvoir souverain à ceux qu'il charge de distribuer les prix. La cour de Paris, qui l'a jugé ainsi, ajoute que les héritiers du testateur peuvent, comme ses représentants, surveiller l'exécution du testament (3). Ce droit-là résulte de l'essence même de la charge ; qui dit charge, dit obligation ; et là

(1) Rejet, 8 juin 1850 (*Pasicrisie*, 1850, 1, 297).
(2) Orléans, 3 avril 1846 (Dalloz, 1846, 2, 90). Comparez le tome XI de mes *Principes*, p. 230, n° 173.
(3) Paris, 10 juillet 1865 (Dalloz, 1865, 2, 190).

où il y a obligation, il y a un droit corrélatif. Nous reviendrons sur ce point en traitant de la révocation des legs.

§ II. *De l'acceptation et de la répudiation des legs.*

N° 1. DE L'ACCEPTATION.

550. Le code ne parle pas de l'acceptation ni de la répudiation des legs. Doit-on appliquer par analogie aux legs ce que la loi dit de l'acceptation et de la répudiation des successions? Il faut distinguer. L'application analogique suppose qu'il s'agit de règles générales qui, par leur nature, s'appliquent dès qu'il y a mêmes motifs de décider. Mais les dispositions exceptionnelles ne s'étendent pas par voie d'analogie, parce que dès que l'on n'est pas dans le cas de l'exception prévue par la loi, on rentre dans la règle ; ce qui revient à dire que le législateur seul peut créer des exceptions. Il faut donc voir quelles sont, parmi les dispositions du code concernant l'acceptation des successions, celles qui contiennent des principes généraux et quelles sont celles qui consacrent les exceptions. L'article 975 reproduit le principe du droit coutumier, *nul n'est héritier qui ne veut*. S'il y a eu des héritiers nécessaires, il n'y a jamais eu de légataires nécessaires; il va sans dire que personne n'est tenu d'accepter un bienfait. Il faut donc une acceptation pour qu'il y ait legs, c'est-à-dire une manifestation de volonté par laquelle le légataire consente à profiter de la libéralité que lui fait le testateur.

L'article 778 dit que l'acceptation peut être expresse ou tacite. Ce principe est également général, puisque l'acceptation est un consentement, et tout consentement peut être exprès ou tacite. Donc le légataire peut accepter le legs expressément (1) ou tacitement. L'article 778

(1) Jugé que l'acceptation peut se faire par lettre. Rejet, 24 août 1831 (Dalloz, n° 1985, 4°).

définit l'acceptation expresse; il exige que l'héritier prenne le titre ou la qualité d'héritier dans un *acte authentique ou privé* (1). Ici la loi déroge aux principes généraux; le consentement exprès ne demande pas d'écrit; de là suit que l'acceptation expresse du légataire ne doit pas se faire par acte, elle reste soumise aux principes généraux que nous exposerons au titre des *Obligations* sur la manifestation du consentement.

L'article 778 définit aussi l'acceptation tacite; c'est un acte fait par l'héritier qui suppose nécessairement son intention d'accepter, et qu'il n'a le droit de faire qu'en sa qualité d'héritier. Nous avons expliqué ailleurs cette disposition, elle ne fait qu'appliquer à l'acceptation d'une succession le principe du consentement tacite. Ce même principe reçoit son application à l'acceptation des legs. Le légataire accepte tacitement quand il pose un acte auquel on ne peut donner une autre interprétation que celle de la volonté d'accepter le legs; telle serait la demande en délivrance de la chose léguée que le légataire fait contre l'héritier ou l'exécuteur testamentaire. Les actes conservatoires et d'administration provisoire n'emportent pas acceptation (2). Il y aurait encore acceptation tacite si le légataire se comportait en propriétaire de la chose léguée. Le principe étant le même qu'en matière de succession, nous renvoyons à ce qui a été dit sur l'acceptation tacite de l'hérédité (3).

551. Que l'acceptation soit expresse ou tacite, elle exige certaines conditions sans lesquelles elle ne peut avoir lieu. Ces conditions sont les mêmes pour les successions et pour les legs; elles découlent de la nature de l'acceptation d'une hérédité, peu importe quelle est cette hérédité. On doit donc appliquer par analogie aux legs ce que nous avons dit au titre des *Successions* (4). Tant que le légataire n'a pas connaissance du legs qui lui a été fait, il ne peut être question d'une acceptation tacite, parce

(1) Liége, 23 mars 1872 (*Pasicrisie*, 1872, 2, 185).
(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Légataire*, § IV, n° 1 (t. XVI, p. 447).
(3) Paris, 25 février 1836 (Dalloz, n° 3906, 1°).
(4) Merlin, *Répertoire*, au mot *Légataire*, § IV, n° 5 (t. XVII, p. 249).

que l'intention d'accepter ne se conçoit pas sans la connaissance du droit qu'il s'agit d'accepter (1).

Il faut aussi que le legs soit ouvert. L'application du principe donne lieu à une difficulté spéciale aux legs. On demande si le légataire peut accepter ou répudier un legs conditionnel avant l'échéance de la condition que le testateur y a apposée. Il y a un motif de douter, c'est que le legs conditionnel peut faire l'objet d'une convention, le légataire peut le céder; or, le céder n'est-ce pas l'accepter? Merlin répond que le contrat peut avoir pour objet des droits éventuels; mais l'acceptation est un acte unilatéral qui ne se conçoit pas tant que le droit qu'il s'agit d'accepter n'existe point (2). Il nous semble que cela est plus subtil que vrai. Si l'on peut céder un droit éventuel, il faut que le cédant ait le droit d'en disposer; or, le légataire ne peut disposer du legs que s'il est légataire, et il n'est légataire que par l'acceptation. En principe, d'ailleurs, rien ne s'oppose à ce qu'on accepte un droit conditionnel; on l'accepte avec la condition.

552. Le principe de l'indivisibilité de l'acceptation s'applique-t-il aux legs? Il n'est pas écrit dans la loi; si on l'admet, c'est comme conséquence d'un autre principe qui ne permet pas de représenter le défunt pour partie. Or, il y a des légataires qui ne succèdent jamais à la personne, ce sont les légataires à titre universel et à titre particulier; quant aux légataires universels, ils ne représentent le défunt que lorsqu'ils ont la saisine. Il faut donc laisser de côté, en cette matière, les principes qui régissent les successions *ab intestat*. Considérés en eux-mêmes les legs sont divisibles, à moins qu'ils n'aient pour objet une chose indivisible. En faut-il conclure que le légataire puisse accepter un legs pour partie? C'est une question d'intention, donc de fait. Elle ne se présentera guère que lorsqu'il y a des charges et, même dans ce cas, on ne voit pas l'intérêt qu'a le légataire d'accepter pour partie. Les auteurs décident, d'après le droit romain, que le légataire

(1) Poitiers, 23 thermidor an XI (Dalloz, n° 266, comparez, n° 3556).
(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Légataire*, § IV, n° 5.

ne peut accepter le legs pour partie et le répudier pour partie (1). Les lois romaines sont sans autorité, puisqu'elles sont abrogées; et nous ne connaissons aucun principe, sauf la volonté du testateur, qui défende d'exercer divisément un droit divisible.

Le même principe s'applique au cas où il y a plusieurs legs faits au même légataire; il peut accepter l'un et répudier l'autre, à moins que, dans l'intention du testateur, ils ne soient indivisibles. C'est ce que la cour de cassation a jugé dans l'espèce suivante : la testatrice lègue à son frère l'usufruit de ses immeubles et la toute propriété de ses meubles ; le légataire renonce au premier legs et accepte le second. L'administration de l'enregistrement contesta la validité de cette acceptation divisée. Ses prétentions furent repoussées. Il n'y avait rien de commun entre les deux legs, et le testateur n'avait imposé à cet égard aucune obligation au légataire. La régie objectait que le testateur avait chargé le légataire de payer toutes les charges de la succession; de là elle tirait la conséquence de l'indivisibilité du legs ; en fait, l'objection tombait, le légataire ayant rempli l'obligation ; en droit, on aurait pu soutenir que la charge était divisible aussi bien que le legs (2).

553. L'acceptation d'un legs a le même effet que l'acceptation d'une succession. C'est l'exercice du droit héréditaire, lequel consiste à accepter ou à répudier ; de là suit que le légataire qui a accepté ne peut plus répudier; en acceptant, il a usé de son droit, donc il n'a plus la faculté de répudier. Il n'y aurait d'exception que si l'acceptation était viciée par l'erreur, la violence ou le dol, ou si elle avait été faite par un incapable; dans ce cas, elle pourrait être annulée, et si elle l'était, le légataire rentrerait dans la plénitude de ses droits; il pourrait par conséquent renoncer. Ces principes sont communs aux legs et à la succession *ab intestat*, parce qu'ils découlent de la nature même de l'acceptation (3).

(1) Dalloz, nos 3558 et 3559, et les autorités qu'il cite.
(2) Rejet, 5 mai 1856 (Dalloz, 1856, 1, 218).
(3) Voyez, en sens contraire, Demolombe, t. XXII, p. 298, no 333, et les

Il y a un arrêt de la cour de Bruxelles qui, nous semble-t-il, a méconnu ces principes. Une veuve était instituée légataire du quart des biens meubles et immeubles de son mari. Elle avait, en vertu de ses conventions matrimoniales tacites, des gains de survie supérieurs à ces avantages. Mais ces gains étaient contestables lors de l'ouverture de la succession, la jurisprudence n'étant pas encore fixée sur la portée de la loi des 8-15 avril 1791 du décret du 18 vendémiaire et de la loi du 17 nivôse an II, mises en rapport avec la coutume de Liége, sous l'empire de laquelle le mariage avait été contracté. Dans cet état de choses, la veuve prit, peu de temps après le décès de son mari, à deux reprises différentes, la qualité de légataire de ce dernier pour un quart de ses biens meubles et immeubles. C'était une acceptation expresse. La veuve pouvait-elle encore renoncer après avoir accepté? Oui, dit la cour, car elle avait accepté alors que l'étendue de ses gains de survie était incertaine, et elle renonça après que toute incertitude eut cessé. Cela veut dire que l'acceptation était viciée par une erreur de droit et nulle comme telle. Nous croyons aussi que l'erreur de droit vicie le consentement, de même que l'erreur de fait. Mais tant que l'acceptation n'était pas annulée, elle subsistait, et étant acceptante, la femme ne pouvait pas renoncer. Il eût donc fallu, pour procéder régulièrement, agir d'abord en nullité de l'acceptation et ensuite renoncer; ou au moins demander la nullité de l'acceptation pour valider la renonciation (1).

N° 2. DE LA RENONCIATION.

554. La renonciation à une succession est un acte solennel; aux termes de l'article 784, elle doit être faite au greffe, sur un registre particulier destiné à cet effet.

autorités qu'il cite. L'arrêt de la cour de cassation du 9 août 1859 n'est pas contraire à notre opinion. Dans l'espèce, le légataire universel ne contestait pas la validité de la renonciation; et le débiteur n'en avait pas le droit (Dalloz, 1859, 1, 449).

(1) Bruxelles, 1er décembre 1858 (*Pasicrisie*, 1859, 2, 101).

On demande s'il en est de même de la renonciation à un legs. Il nous semble que la négative est certaine, bien qu'il y ait des arrêts en sens divers. On ne peut pas dire que l'article 784 soit l'application des principes généraux de droit; renoncer est une manifestation de consentement aussi bien qu'accepter; or, le consentement peut se manifester sans formes solennelles; les solennités requises pour la validité ou pour l'existence d'un acte juridique sont toujours une exception; on ne peut donc pas, par voie d'analogie, transformer en acte solennel une renonciation dont la loi ne s'occupe même pas. Par cela seul que la renonciation à un legs n'est pas soumise à certaines formes, elle reste sous l'empire du droit commun, ce qui est décisif. La tradition confirme cette interprétation. Pothier enseigne, comme une chose hors de doute, que la répudiation d'un legs se fait ou expressément ou tacitement, et il n'exige aucune forme solennelle pour l'acceptation expresse(1). Par le silence qu'il garde sur la renonciation en matière de legs, le code consacre implicitement la tradition. Vainement dit-on que l'article 784 doit recevoir son application, parce qu'il y a même motif de décider. Cela ne serait vrai, en tout cas, que du legs universel; on peut dire, en effet, que le légataire universel est héritier et soumis, par conséquent, aux obligations de l'héritier. Mais on ne pourrait pas appliquer l'article 784, même par analogie, aux légataires à titre universel et à titre particulier, puisqu'ils ne sont pas héritiers (2). Donc si le législateur avait voulu étendre l'article 784 aux legs, il aurait dû établir des distinctions, ou, rejetant ces distinctions, poser une règle générale pour tous les legs. C'est dire qu'il faudrait un texte pour imposer aux légataires une forme de renonciation qui, d'après l'article 784, ne concerne que les successions *ab intestat*. En l'absence d'un texte, la renonciation aux legs reste soumise au droit commun; donc elle peut être expresse ou tacite de même

(1) Pothier, *Des donations testamentaires*, n° 317.
(2) La cour de Riom a admis cette distinction par arrêt du 26 juillet 1862 (Dalloz, 1862, 2, 146). Elle est aussi enseignée par Aubry et Rau, t. VI, p. 198 et suiv., § 726, et par Demolombe, t. XXII, p. 293, nos 327 et 328.

que l'acceptation, et la renonciation expresse n'est assujettie à aucune formalité spéciale.

La jurisprudence se prononce en ce sens, bien qu'avec quelque hésitation. Il a été jugé, en matière fiscale, que la renonciation à un usufruit universel est valablement faite par acte authentique. La cour de cassation a admis implicitement la validité de cette renonciation, sans discuter la question (1). Dans la seconde espèce jugée par la cour suprême, le tribunal de première instance a dit très-bien que la disposition de l'article 784 ne peut être étendue par voie d'analogie, d'abord parce qu'elle impose une forme sous peine de nullité, ensuite parce qu'il n'y a pas analogie entre un légataire et un héritier. L'héritier peut rester inconnu des tiers, tandis que le légataire est nécessairement connu; s'il est institué par acte authentique, l'authenticité et l'enregistrement sont déjà des éléments de publicité; s'il est institué par un testament olographe ou mystique, il doit demander et obtenir l'envoi en possession; ce qui rend son acceptation publique. Nous ne disons pas qu'il n'y aurait eu aucune utilité à prescrire une publicité plus grande, mais, dans le silence de la loi, il est vrai de dire que l'on ne peut mettre sur la même ligne le légataire, fût-il universel, et l'héritier *ab intestat;* or, dès qu'il n'y a pas analogie parfaite, l'article 784 devient inapplicable.

Il y a d'autres décisions de la cour de cassation qui sont plus explicites. Elle a jugé que l'article 784 n'est textuellement applicable qu'à la renonciation à une succession; d'où elle a conclu qu'on ne pouvait l'étendre à la renonciation à une institution contractuelle (2). Le motif de décider est le même pour les donations testamentaires. Enfin un arrêt récent admet la renonciation tacite à un legs universel; on peut, avec l'arrêtiste, interpréter la décision en ce sens que la renonciation à un legs universel ou non est une question d'intention, donc de fait abandonnée comme telle à l'appréciation des juges du fait (3).

(1) Cass., 13 mars 1860, et Rejet, 13 mars 1860 (Dalloz, 1860, 1, 118 et 120).
(2) Cassation, 24 novembre 1857 (Dalloz, 1857, 1, 425).
(3) Rejet, 7 mai 1870 (Dalloz, 1871, 1, 56).

Tel est, à notre avis, le vrai principe. Nous ne voyons pas pourquoi la cour de cassation hésite à le proclamer franchement. Les cours d'appel, sauf la cour de Riom, se prononcent dans le même sens (1). Nous ne connaissons qu'un arrêt rendu en Belgique sur la question, et il est favorable à notre opinion (2).

La doctrine est aussi hésitante. Troplong dit que l'article 784 ne s'applique pas aux legs particuliers, qu'il pourrait *tout au plus* être étendu aux legs universel et à titre universel, parce que ceux qui sont ainsi institués sont successeurs aux biens et tenus des dettes pour leur part et portion (3). Qu'est-ce que cela signifie, que la disposition de l'article 784 est applicable *tout au plus?* Elle est applicable ou elle ne l'est pas, et il faut le dire; le droit n'admet point de vague dans ses décisions.

555. Quand y a-t-il renonciation tacite? Il faut appliquer le principe qui régit l'acceptation tacite (n° 550). L'article 784 dit que la renonciation à une succession ne se présume pas. Il en est ainsi de toute renonciation, on a toujours admis difficilement qu'une personne renonce à un droit utile qui lui appartient. De là suit qu'il n'y a renonciation tacite que lorsque l'acte d'où on la prétend induire n'est pas susceptible d'une autre interprétation. Pothier donne l'exemple suivant. Le légataire consent à la vente que fait l'héritier de la chose qui lui est léguée; ce consentement est considéré comme une répudiation qu'il fait de son legs; on pourrait cependant donner une autre interprétation à cet acte, ajoute Pothier; s'il paraissait, par les circonstances, que l'intention du légataire n'a pas été de répudier le legs, qu'il a seulement consenti à recevoir le prix au lieu de la chose, il n'y aurait pas de répudiation (4).

On voit que l'appréciation dépend essentiellement des circonstances de la cause, ce qui rend difficile la critique

(1) Rennes, 3 août 1824; Montpellier, 3 août 1837 (Dalloz, n° 3554, 1° et 2°).
(2) Liége, 6 août 1859 (*Pasicrisie*, 1861, 2, 34).
(3) Troplong, t. II, p. 253, n° 2155.
(4) Pothier, *Des donations testamentaires*, n° 317. Comparez Rennes, 3 août 1824 (Dalloz, n° 3554, 1°).

des décisions intervenues en cette matière, et de plus cette critique serait peu utile, puisque les faits changent de caractère d'une espèce à l'autre(1). Notons seulement que, d'après la doctrine que nous venons d'enseigner, la preuve des faits d'où l'on veut induire la renonciation tacite peut se faire d'après le droit commun. Il a été jugé que les présomptions de l'homme sont admises dès qu'il y a un commencement de preuve par écrit(2). Cela n'est pas douteux; ne faut-il pas aller plus loin et admettre comme règle la preuve testimoniale? Il est certain que ceux qui soutiennent qu'il y a renonciation tacite peuvent invoquer l'article 1348, aux termes duquel la preuve par témoins est indéfiniment admise lorsque le demandeur a été dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale.

556. Si l'on admet que la renonciation peut être expresse ou tacite, de même que l'acceptation, la conséquence est que l'on doit appliquer à la renonciation les principes qui régissent l'acceptation. Il en est du reste de même pour la renonciation à une succession, sauf la solennité que l'article 784 requiert pour la renonciation. Il faut donc appliquer à la renonciation à un legs ce que nous avons dit de l'acceptation (n°s 550-552) (3).

Par application de ce principe, il faut décider que celui qui a renoncé ne peut plus accepter, à moins que la renonciation ne soit nulle pour vice de consentement ou pour incapacité; dans ce cas, le légataire peut faire annuler la renonciation et accepter ensuite le legs qui lui a été fait. Mais si la renonciation est régulière, le légataire est sans droit : comment accepterait-il un droit qui n'existe point? Dans l'ancienne jurisprudence, la question était très-controversée. Le président Favre était d'avis contraire, et d'après Furgole, cette opinion était suivie au parlement de Toulouse. Merlin dit que ces autorités ne

(1) Rejet, 19 mai 1862 (Dalloz, 1862, 1, 450), admet la renonciation tacite. Les arrêts de rejet du 5 juillet 1865 (Dalloz, 1865, 1, 477) et du 7 mai 1870 (Dalloz, 1871, 1, 56), décident que les faits allégués ne constituent point de renonciation tacite.

(2) Arrêt précité (note 1) du 19 mai 1862.

(3) Merlin, *Répertoire*, au mot *Légataire*, § IV, n° 6 (t. XVII, p. 451).

peuvent rien contre les textes formels des lois romaines qu'il allègue (1). Aujourd'hui la question ne doit plus être discutée d'après les textes romains, qui sont abrogés; elle doit être décidée d'après les principes que nous avons exposés en traitant la question analogue qui se présente en cas d'acceptation (n° 553).

Il y a des arrêts qui semblent admettre que le légataire renonçant peut encore accepter. Mais il faut remarquer que, dans les deux espèces qui se sont présentées devant la cour de cassation, le débat n'a porté que sur les intérêts du fisc; la régie soutenait que la renonciation, bien que faite par acte authentique, était frauduleuse, et pour le prouver, elle invoquait des actes d'où elle prétendait faire ressortir l'acceptation. Il est certain qu'une renonciation frauduleuse n'empêche pas l'acceptation, elle implique, au contraire, que le légataire accepte le legs et en profite, puisque sa renonciation n'a d'autre but que de frauder les droits d'enregistrement (2).

557. L'article 790 permet à l'héritier qui a renoncé d'accepter encore la succession si elle n'a pas été déjà acceptée par d'autres héritiers. On demande si le légataire universel peut se prévaloir de cette disposition. L'affirmative a été jugée (3); elle nous paraît bien douteuse. En effet, le texte implique qu'il s'agit d'une succession *ab intestat* déférée successivement à des héritiers de divers ordres et de divers degrés. Il n'en est pas ainsi de la succession testamentaire. Ce n'est pas une succession proprement dite, c'est une dérogation à la loi des successions légitimes; par suite de la renonciation du légataire, il n'y a plus de testament, la succession est déférée aux héritiers naturels, ils en ont la saisine; peut-on les déposséder en vertu d'un legs qui est devenu caduc, qui n'existe plus? On pourrait le soutenir si l'article 790 était l'application d'un principe général ; mais, loin de là, il déroge

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Légataire*, § IV, n° 8 (tome XVII, page 452).
(2) Cassation et Rejet, 13 mars 1860 (Dalloz, 1860, 1, 118 et 120).
(3) Rejet, 23 janvier 1837 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 591, 4°). Grenoble, 22 mars 1830 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 3562).

aux principes; c'est une disposition exceptionnelle, donc de rigoureuse interprétation. La cour de cassation dit que le droit de rétracter sa répudiation est inséparable du droit de répudier : c'est transformer l'exception en règle. Cette prétendue règle est en opposition avec les principes les plus élémentaires. En quoi consiste le droit héréditaire, qu'il soit fondé sur la loi ou sur un testament? L'héritier et le légataire ont le droit d'accepter ou de répudier. Quand ils répudient, leur droit est consommé. Vainement dira-t-on que la renonciation est un acte unilatéral et que l'on peut toujours revenir sur sa volonté. Cela est vrai quand l'acte unilatéral n'a donné aucun droit à un tiers. Telle n'est pas la renonciation du légataire; le legs étant caduc par suite de la renonciation, il y a lieu à la succession légitime; les héritiers naturels sont saisis, et de quel droit les dessaisirait-on (1)?

La cour de cassation donne d'assez singulières raisons à l'appui de sa décision. Elle dit que le droit de rétracter la répudiation est inséparable du droit de répudier. C'est le contraire qui est vrai. Par le fait de sa répudiation, le légataire est censé n'avoir jamais été légataire; le droit au legs est acquis à ceux qui y sont appelés soit par la volonté du testateur, soit par la loi, sans qu'ils aient une volonté à manifester. Donc, en principe, la renonciation est irrévocable. L'article 790 est une exception. Peut-on étendre cette disposition exceptionnelle aux legs? Oui, dit la cour de cassation, parce que le code met l'héritier testamentaire sur la même ligne que l'héritier légitime, en comprenant dans le même titre les successions légitimes et les successions testamentaires. Qu'est-ce que cela veut dire? La cour ne peut pas entendre dire ce qui n'est point, à savoir que le code n'a qu'un seul *titre* où il est traité des successions et des testaments, attendu qu'il y a *deux titres* différents. Et la cour ne peut pas davantage vouloir dire que sous le *titre* d'héritier la loi comprend l'héritier testamentaire, puisque le code ne donne jamais le nom

(1) En sens contraire, Troplong, t. II, p. 254, n° 2158. Aubry et Rau appliquent l'article 790, à la renonciation que le légataire universel ou à titre universel fait au greffe (t. VI, p. 199, et note 15, § 726).

d'héritier au légataire. Qu'est-ce que la cour veut donc dire? Nous l'ignorons.

558. Qui peut se prévaloir de la renonciation? La renonciation à une succession est un acte unilatéral, fait au greffe, dont toute personne intéressée peut se prévaloir. En est-il de même de la renonciation expresse ou tacite à un legs? Il nous semble que la renonciation à une succession testamentaire et à une succession *ab intestat* est un seul et même fait juridique; donc elle constitue toujours un pacte unilatéral, et par conséquent si elle est conçue en termes généraux et absolus, elle doit avoir effet à l'égard de toutes les parties intéressées, de même que l'acceptation a effet à l'égard de tous. On ne conçoit pas même que la renonciation soit divisée, que l'on soit renonçant à l'égard de l'un et que l'on ne soit pas renonçant à l'égard de l'autre, à moins que le fait de renonciation ne soit contesté; si un jugement décide qu'il y a renonciation, il n'aura d'effet, comme tout jugement, qu'entre les parties qui ont été en cause.

Un arrêt de la cour de Bruxelles part d'un tout autre principe. Il assimile la renonciation à une convention, donc il exige un concours de volontés pour qu'il y ait renonciation, et par suite il décide que s'il n'y a pas de convention, il n'y a pas de renonciation. Dans l'espèce, le légataire avait renoncé formellement dans une lettre adressée à son agent d'affaires; la cour jugea que les héritiers ne pouvaient pas se prévaloir de cette renonciation (1). Nous croyons que la cour a mal jugé. S'il fallait une convention, la renonciation emporterait une transmission du droit auquel le légataire renonce, au profit de ceux dans l'intérêt desquels la renonciation se fait; de là résulterait cette conséquence très-juridique, quoique singulière, que la renonciation impliquerait une acceptation. La cour confond la renonciation absolue qui se fait dans un acte unilatéral et la renonciation relative qui se fait dans un contrat. Quand le légataire renonce au legs par un acte

(1) Bruxelles, 18 mai 1820 (*Pasicrisie*, 1820, p. 131). Comparez Aubry et Rau, t. VI, p. 199, et note 16, § 726.

unilatéral, sa renonciation est nécessairement absolue, puisqu'elle n'est faite au profit de personne. Telle était la renonciation que, dans l'espèce, la légataire avait faite dans une lettre adressée à son agent d'affaires. Ce n'est pas au profit de celui-ci qu'elle renonçait, ce n'était au profit de personne; elle manifestait la volonté de n'être pas légataire, donc le legs tombait. Il en serait autrement si le légataire renonçait par une convention; les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; donc la renonciation ne pourra être invoquée que par celui qui aura figuré au contrat. On applique le même principe à la renonciation tacite; cette renonciation n'aura qu'un effet relatif si elle résulte d'un contrat.

559. Les créanciers du légataire qui a renoncé peuvent-ils attaquer la renonciation, en vertu de l'article 788, comme faite au préjudice de leurs droits? En tant que l'article 788 permet aux créanciers de demander la nullité de la renonciation, cette disposition ne fait qu'appliquer le principe de l'action paulienne. L'article 1167 donne cette action aux créanciers contre tout acte fait par leur débiteur en fraude de leurs droits; dès lors nous ne voyons pas pourquoi les créanciers n'auraient pas l'action paulienne contre une renonciation frauduleuse à un legs, comme ils l'ont contre une renonciation frauduleuse à une succession (1). On objecte qu'après l'annulation de la renonciation les créanciers sont admis à exercer le droit auquel leur débiteur a renoncé; or, le débiteur peut avoir des motifs très-légitimes de renoncer. Telle était la renonciation que fit le baron Séguier, premier président de la cour de Paris, à un legs que lui avait fait un riche banquier. L'objection porte à faux, dans notre opinion; l'article 788 étant l'application de l'article 1167, il faut que le légataire renonçant ait eu l'intention de frauder ses créanciers. Cela écarte l'application de l'article 1167 à une renonciation purement morale. Il y a une autre difficulté. L'article 788 dit que les créanciers doivent se

(1) Comparez Troplong, nos 1885 et 2159. En sens contraire, Dalloz, no 3565.

faire autoriser en justice pour accepter la succession. En cela il déroge au droit commun, au moins dans l'opinion que nous avons enseignée (1). Faut-il aussi que les créanciers obtiennent l'autorisation du tribunal pour réclamer le legs auquel leur débiteur a renoncé? Dans la rigueur des principes, il faut répondre négativement, puisque la disposition de l'article 788 est, sous ce rapport, exceptionnelle.

(1) Voyez le tome IX de mes *Principes*, p. 546, nº 476.

FIN DU TOME TREIZIÈME.



TABLE DES MATIÈRES.

II. *L'exception.*

Nº 3. De l'action en révocation.

I. *Par qui peut-elle être formée.*

II. *Contre qui l'action doit-elle être formée et dans quel délai?*

Nº 4. Effet de la révocation.

I. *A l'égard des tiers.*

II. *Entre les parties.*

§ III. *De la révocation pour survenance d'enfants.*

N° 1. Le principe.

N° 2. Les conditions.

I. *Il faut que le donateur n'ait pas d'enfants.*

II. *Survenance d'un enfant légitime.*

N° 3. Quelles donations sont sujettes à révocation pour survenance d'enfants?

I. *La règle.*

II. *Les exceptions.*

N° 4. Effet de la révocation.

I. *Principe.*

II. *Effet de la révocation entre les parties.*

III. *Effet de la révocation à l'égard des tiers.*

IV. *De la prescription.*

CHAPITRE VI. — DES TESTAMENTS.

SECTION I. — *De la forme des testaments.*

§ Ier. *Principes généraux.*

N° 1. Le code et l'ancien droit.

N° 2. Solennités.

I. *Du testament verbal.*

II. *De la destruction d'un testament.*

N° 3. Du testament incomplet.

I. *Des cas dans lesquels le testament peut être complété.*

II. Le testateur peut-il se référer à d'autres écrits?

III. Le testateur peut-il se référer à une coutume?

N° 4. Sanction des solennités.

N° 5. Du testament conjonctif.

N° 6. Du testament fait par un Français (Belge) à l'étranger ou par un étranger en France (Belgique).

I. *Comment un Français peut-il tester à l'étranger?*

1. Des testaments authentiques.

2. Du testament olographe.

II. *Comment un étranger peut-il tester en France?*

III. *Des testaments reçus par les consuls.*

IV. *Mesures d'exécution.*

§ II. *Du testament olographe.*

N° 1. Les formes.

I. *L'écriture.*

III. *La signature.*

Nº 2. La force probante du testament olographe.

SECTION II. — *Des legs.*

§ Ier. *Principes généraux.*

ARTICLE I. — Qualification des legs.

ARTICLE II. — Des conditions requises pour l'existence de tout legs.

N° 1. De la désignation du légataire.

N° 2. Sens des expressions qui désignent des légataires collectifs.

1. *Sens du mot* enfants.

II. *Sens des mots* neveux, petits-neveux.

III. *Sens des mots* cousins, cousines.

Article III. — Division des legs.

No 1. Du legs universel.

I. *Qu'entend-on par* legs universel?

II. *Que comprend le legs universel?*

N° 2. Du legs à titre universel.

N° 3. Des legs à titre particulier.

ARTICLE IV. — Modalité du legs.

N° 1. Du legs à terme.

N° 2. Du legs conditionnel.

I. *Quand le legs est-il conditionnel?*

II. *Effets du legs conditionnel.*

N° 2. Du legs avec charge.

§ II. *De l'acceptation et de la répudiation des legs.*

N° 1. De l'acceptation.

N° 2. De la renonciation.